Der Vorvertrag

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Geller

geboren zu Zündorf (Rheinland).

Approbiert am 5. März 1908.

Erlangen 1908.

Druck der Universitätsbuchdruckerei von E. Th. Jacob.

178

Referent: Herr Univ.-Professor Dr. Binder.

Inhalt.

Seite

I. **Die herrschende Lehre vom Vorvertrage.**

§ 1. Begriffsbestimmung des Vorvertrages
Was ist der Vorvertrag? 1
Vorvertrag nur bei obligatorischen Verträgen 2
§ 2. Geschichtliches
Rechtliche Möglichkeit des Vorvertrages
im römischen Recht, ... 4
im älteren deutschen Recht, ... 6
seit der Reception, ... 7
im modernen Recht, besonders im B.G.B. 8
§ 3. Entwicklung des Begriffs des Vorvertrages durch Ausscheiden unechter Fälle.
1. Abmachungen, die einen Vertragsschluß herbeiführen sollen, selbst aber keine Verträge sind:
a) Die sog. Vorverhandlungen, Traktate, . . . 9
— der Vorvertrag kein unvollständiger Vertrag — 9
b) Der Vertragsantrag 11
2. Vertragsmäßige Abmachungen über Grundsätze zukünftiger Verträge 12
3. Wahlverträge 12
— Der Spezifikationskauf — 12
4. Vertragsmäßige Modifikationen geschlossener Verträge 14
Der Lieferungsvertrag 15
5. Bedingte Verträge 15
Vorvertrag kein bedingter Vertrag 16
Abrede feierlicher Vollziehung
des beabsichtigten, ... 17
des geschlossenen Vertrages 17
§ 4. Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrage 18
§ 5. Erfordernisse des Vorvertrages
Allgemeines, ... 21
Form, ... 21
Inhalt, ... 24

Zeit, ... 26
Ort 27
§ 6. Der Anspruch aus dem Vorvertrage
Er ist gerichtet auf contrahere, ... 27
nicht auf das Interesse, ... 30
clausula rebus sic stantibus 32
Verjährungsfrist, ... 34
Vererblichkeit, ... 34
Abtretbarkeit 35

II. **Das Bestehen des Vorvertrages.**

a) Der Vorvertrag bei Realverträgen
§ 7. Die Realverträge im heutigen Recht.
Allgemeines 38
Die Innominatrealkontrakte 40
Die Nominatrealkontrakte 41
Darstellung der einzelnen Theorien 42
Dieselben im B.G.B. 52
§ 8. Der Vorvertrag bei Realverträgen 57
§ 9. b) Der Vorvertrag bei Konsensualverträgen
abgelehnt aus Zweckmäßigkeitsgründen, ... 60
aus logischen Gründen 64
Das pactum de cambiando 67
§ 10. Ergebnisse und Schluß 68
Literaturverzeichnis 73

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Adler: Realkontrakt und Vorvertrag, Jahrbuch für Dogmatik 31, Seite 190 ff.

Affolter: Das verzinsliche Darlehn, Archiv für bürgerliches Recht 26, S. 1—6.

Affolter: Zur Lehre vom Vertrage, Arch. f. bürg. R. 8 S. 1 ff.

Amira v.: Grundriß des germanischen Rechts. 2. Aufl.

Arndts: Pandekten. 11—13. Aufl.

Baron: Pandekten. 8. Aufl.

Bechmann: Der Kauf II (1884).

Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren, Jhrb. f. Dogm. 32, S. 267 ff.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten II, IV. 2. Aufl.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I. 3. Aufl.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl.

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts I (1900 II (1902).

Degenkolb: Der Begriff des Vorvertrages, Festschrift für Fritz (Freiburg i. B. 1871) abgedruckt Arch. f. Civ. Pr. 71 S. 1 ff.)

Degenkolb: Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag, Arch. f. Civ. Pr. 71 S. 53 ff.

Degenkolb: Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion, Arch. f. Civ. Pr. 71 S. 161 ff.

Demelius: Realkontrakte im heutigen Recht, Jhrb. f. Dogm. 3 S. 399 ff.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs II, 1 (1899).

Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts I. 5. Aufl.

Dernburg: Pandekten II. 2. Aufl.

Endemann: Handbuch des deutschen Handelsrechts II (1882).

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. 9. Aufl.

Engelmann: Bürgerliches Recht (1899).

Engelmann: Das deutsche Handels-, Wechsel- und Seerecht (1899).

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl.

Gerber: System des deutschen Privatrechts. 12. Aufl.

Glück: Kommentar IV (1796).

Goeppert: Zur Lehre von den pacta de contrahendo, Krit. IV, Jahresschr. für Gesetzg. und Rechtsw. 14 S. 400 ff.
Koeppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Jhrb. f. Dogm. 11 S. 139 ff.
Kohler: Das Konsensualdarlehn, Arch. f. bürg. R. 2 S. 211 ff.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, II (1906).
Krehbiel: Der Vorvertrag, Dissertation (Erlangen 1903).
Krückmann: Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl.
Meyer: Vertragsvollziehung oder Vertragsreproduktion, Arch. für Civ. Pr. 87 S. 77 ff.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich I.
Oertmann: Der Kauf „mit Spezifikation", Arch. für Civ. Pr. 85, S. 202.
Oertmann: Kommentar zum B.G.B. Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.
Planck: Kommentar z. B.G.B. I, II. 3. Aufl.
Puchta: Vorlesungen VI (1854).
Regelsberger: Civilrechtliche Erörterungen I (1868) S. 128 ff.
Schloßmann: Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte, Jhrb. f. Dogm. 45, S. 1 ff.
Sohm: Institutionen des römischen Rechts. 12. Aufl.
Staub: Kommentar zum H.G.B. II. 8. Aufl.
Staudinger v.: Kommentar zum B.G.B. I, II a, II b. 2. Aufl.
Stintzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse. (1903).
Struvius: Syntagma Jurisprudentiae (Jena 1692).
Thöl: Handelsrecht I. 6. Aufl.
Ubbelohde: Lehre von den unteilbaren Obligationen (1862).
Unger: Realkontrakte im heutigen Recht, Jhrb. f. Dogm. 8 S. 1 ff.
Windscheid (Kipp): Lehrbuch der Pandekten II. 9. Aufl.

I. Die herrschende Lehre vom Vorvertrag.

§ 1.

Begriffsbestimmung des Vorvertrags.

Der Vorvertrag ist nach Thöl [1]), der dem gemeinrechtlichen pactum de contrahendo diesen deutschen Namen gegeben, „ein Vertrag des Inhalts, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, ist also ein gegenwärtiger Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht". Dieser versprochene Vertrag wird im Verhältnis zum versprechenden Vertrag Hauptvertrag genannt.

Der Vorvertrag ist ein Vertrag, d. h. ein Rechtsgeschäft, bei dem zwei Parteien beteiligt sind, die Willensäußerungen, Willenserklärungen abgeben müssen, welche auf einander Bezug nehmen und inhaltlich zusammenstimmen; er ist ein schuldrechtlicher (obligatorischer) Vertrag, denn er begründet ein Schuldverhältnis, d. h. nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den in ihm stehenden Rechtssubjekten, kraft deren das eine (die eine Partei) von dem anderen (der anderen, der Gegenpartei) eine Leistung zu fordern berechtigt ist. Diese Leistung besteht in dem Abschluß eines Vertrages, also wiederum in einer Willenserklärung der beiden am Vorvertrag beteiligten Parteien. [2]) Der Abschluß dieses zweiten Vertrages ist die Erfüllungshandlung des Vorvertrages. Dem-

1) Thöl, Handelsrecht I § 246 S. 778; diese Definition ist allseitig als mustergültig anerkannt; siehe auch Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrages (Festschrift) S. 7.

2) Dafür Goeppert, Zur Lehre von den pacta de contrahendo, Kritische Vierteljahresschrift 14 S. 404, 405; dagegen Degenkolb, Festschrift S. 31.

gemäß geht der Anspruch aus dem Vorvertrage auf Erfüllung durch Abgabe einer den Hauptvertrag vollendenden Willenserklärung. Vollendet wird ein Vertrag dadurch, daß die eine Partei den von der anderen gestellten Antrag annimmt; erst mit der Annahme und zwar der uneingeschränkten Annahme des Antrages seitens der Gegenpartei ist der Vertrag geschlossen, ist er vollendet. Jede Partei kann die andere durch Stellung des Antrags zur Annahme, d. h. zur Vollendung des Hauptvertrags verpflichten. Dasselbe drückt Degenkolb [3]) mit den Worten aus: Die aus dem Vorvertrage hervorgehende Verpflichtung ist „gerichtet auf das dem betreffenden Vertrage entsprechende Mitwirken zum Vertragsschluß". Dieser Vertragsschluß des Hauptvertrags hebt einerseits die Verpflichtung aus dem Vorvertrage auf, da er dessen Erfüllung darstellt, andererseits begründet er die Verpflichtung aus dem Hauptvertrage; er wirkt also nach zwei Richtungen hin, zugleich aufhebend und schaffend.

Die besondere Art der Leistung, der Vertragsschluß, ist das Unterscheidungsmerkmal des Vorvertrags von anderen schuldrechtlichen Verträgen.

Die Verträge finden Anwendung auf allen Gebieten des Rechts, es gibt schuldrechtliche, dingliche, familienrechtliche, erbrechtliche Verträge; es liegt daher die Auffassung sehr nahe, daß der Begriff des Vorvertrags alle Verträge umfasse, deren Erfüllung durch den Abschluß eines anderen Vertrags irgend welcher Art zu geschehen hat. Es würden dann dahin gehören alle Verträge, durch welche eine dingliche Einigung versprochen wird (Kauf, Tausch u. s. w.), ferner das Verlöbnis ꝛc. [4]) Doch sind alle diese Fälle keine Vorverträge im

3) Degenkolb, Festschrift S. 16. — 4) Affolter, Zur Lehre vom Vertrage. Arch. f. bürgerl. R. 8 S. 19–21 betrachtet alle diese Verträge als Vorverträge; dagegen Kohler, Bemerkungen zu obigem Aufsatze Affolters a. a. O. S. 49; Kohler, Das Konsensualdarlehn Arch. f. bürg. R. 2 S. 213 ff.; vergl. dazu auch Degenkolb, Festschrift S. 18.

eigentlichen Sinne. Ein Vorvertrag liegt nur dann vor, wenn ein schuldrechtlicher Vertrag versprochen wird, wo die Leistung das contrahere, der Abschluß eines Kontraktes (contractus) ist; „wenn", wie Kohler sagt, „man ein Versprechen verspricht, wenn also das Hauptgeschäft ein Versprechen darstellt, wie der Vorvertrag selbst". [5]) Gründe dieser Beschränkung sind einerseits Zweckmäßigkeitsrücksichten, andererseits aber das Gesetz juristischer Begriffsbildung, denn „es fehlt durchaus an Rechtssätzen, wodurch diese weite Masse sich von allen anderen Rechtsgeschäften gemeinschaftlich unterscheide". [6]) Zweckmäßiger wäre es daher, die gemeinrechtliche Bezeichnung pactum de contrahendo beizubehalten, auch könnte die Benennung des versprochenen Vertrags als Hauptvertrag leicht zu dem Irrtum Anlaß geben, als sei der Vorvertrag ein Nebenvertrag, oder ein unselbständiger, oder gar unvollständiger Vertrag, und es ist vorgeschlagen worden, ihn statt dessen Erfüllungs- oder Ausführungsvertrag zu nennen. [7])

5) Kohler, Lehrb. des D. bürgerl. Rechts I § 246 S. 553.

6) Goeppert, Krit. IV Jhresschr. 14 S. 404 II; dazu auch Degenkolb, Festschrift S. 19.

7) So neuerdings Adler, Jhrb. f. Dogm. 31 S. 222. Stintzing, Vorverpflichtung S. 3, 32, 63 verwirft den herkömmlichen Begriff des Vorvertrags und will an seine Stelle die Vorverpflichtung setzen, weil man durch ihn eine Verpflichtung ohne Rechtsgrund anerkenne. Dagegen sei hier nur folgendes erwähnt: 1) Die ganze Frage ist nur eine konkrete Fassung der allgemeinen Frage über Anwendungsgebiet und Voraussetzungen des abstrakten Vertrages überhaupt; sie entscheidet sich für den Vorvertrag mit der Frage nach der Art des aus ihm entspringenden Schuldverhältnisses; nur einseitige Verträge können ja abstrakt sein. 2) Der individualisierte Hauptvertrag, auf dessen Abschluß der Vorvertrag geht, trägt seine eigenartige causa in sich — obligatorische Rechtsgeschäfte sind ja in der Regel kausal —, sodaß man sagen kann, die wirtschaftliche causa des Hauptvertrages bestimmt die des Vorvertrages; ist der Hauptvertrag ein abstrakter Vertrag, so wird durch Einschiebung des Vorvertrages die abstrakte Natur auf diesen übertragen, der Abschluß des Hauptvertrages aber geschieht solvendi causa; nur in diesem Falle ist der Vorvertrag abstrakt, falls er hier überhaupt anwendbar sein kann. Nur insofern

Doch hat sich die auch hier benützte Terminologie so eingebürgert, daß eine irrige Vorstellung mit ihr nicht mehr verbunden sein kann. Der Name bezeichnet das Zeit- nicht das Rechtsverhältnis der beiden Verträge. [8])

§ 2.

Geschichtliches.

Dem alten römischen Civilrecht war das pactum de contrahendo, oder, wie wir es jetzt nennen, der Vorvertrag völlig unbekannt, da er als pactum, d. h. bloße, formlose Abrede, (Konsenserklärung) keine Geltung sich verschaffen konnte, keine Klage erzeugte; stellt doch das römische Civilrecht das System der förmlichen, der formellen Verträge auf, d. h. „die Negierung der Kraft formloser Abreden, der sogenannten nuda pacta". [9])

Nur in vier Fällen entsteht durch formlose Abrede eine gültige, d. i. klagbare Obligation (Kauf, Miete, Societät, Mandat), sonstige formlose Abreden erzeugen keine klagbare Obligation, keinen Kontrakt, sondern nur eine sogenannte naturalis obligatio, d. h. eine klaglose (wenngleich zahlbare) Obligation; erfüllt der Schuldner das formlose Versprechen aus freien Stücken, so kann er z. B. die freiwillige Zahlung nicht mit der condictio indebiti zurückfordern; ein Zwang zur Erfüllung durch actio aber ist ausgeschlossen. Nur im

---

hat Stintzings Ansicht eine gewisse Berechtigung, als eine Verpflichtung zum Vertragsschluß im allgemeinen auch aus anderen Gründen (Vermächtnis, Gesetz ꝛc.) entstehen kann, somit der Vorvertrag eine Unterart dieser weiten Verpflichtung ist. Vergl. dazu Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren Jhrb. f. Dogm. 32 S. 267 ff.; Degenkolb, Festschrift S. 43, 47; Derselbe Neue Beiträge Arch. f. civ. Pr. 71, S. 69; Dernburg, Bürgerl. Recht II, 1 S. 184 II; Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14, S. 408; Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45, S. 19.

8) Brinz, Pandekten IV § 574, S. 324 Anm. 1.

9) Degenkolb, Festschrift S. 1.

Wege der exceptio kann das pactum geltend gemacht werden. Die gegenteilige Ansicht, daß die pacta nuda überhaupt keine, nicht einmal eine naturale Obligation erzeugen, dürfte auf falscher Auslegung der L. 1 § 2 D. de verb. obl. 45, 1 beruhen, — (Si quis ita interroget „dabis“? responderit „quid ni“? et is utique in ea causa est, ut obligetur; contra si sine verbis admisset, non tantum antem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit; et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.) — die von der Nichtigkeit des mißlungenen Formalkontrakts handelt.

Die spätere Rechtsentwicklung bis zu Justinian bringt nur wenig Aenderungen. Klagbar werden noch nach klassischem Civilrecht die pacta adiecta, d. h. die Nebenverträge, welche dem Abschluß eines bonae fidei negotium sofort (ex continenti) hinzugefügt werden; sie können mit der Klage aus dem Hauptvertrag geltend gemacht werden. Ist der Nebenvertrag aber erst später geschlossen worden, so bildet er keinen Bestandteil des Hauptvertrages und erzeugt, da er um seiner selbst willen nicht klagbar ist, keine actio, sondern nur eine exceptio.

Nach prätorischem Recht (pactum praetorium) wird klagbar das constitutum debiti (debiti proprii, debiti alieni), d. i. das Versprechen, eine bestehende Schuld zahlen zu wollen, — in Stipulationsform war ein solches Versprechen nach Civilrecht klagbar — der Prätor machte es klagbar, auch wenn es nicht durch förmliche Zusage gegeben war, bei formlosem Abschluß (actio de pecunia constituta).

Nach späterem Kaiserrecht sind klagbar, auch als bloße pacta (ohne Form), (pacta legitima), das Schenkungsversprechen und das Versprechen einer dos; doch ist das Schenkungsversprechen ohne gerichtliche Insinuation, d. h. Erklärung des Schenkungswillens vor Gericht, nur bis zum Betrage von 500 solidi gültig.

Alle klagbaren pacta zusammen heißen im Mittelalter pacta vestita, im Gegensatz zu den pacta nuda.

Ist das pactum auf eine gegenseitige Leistung gerichtet und macht die eine Partei die von ihr versprochene Leistung, so entsteht ein Innominatrealkontrakt, der selbstverständlich klagbar ist. Außerdem ist die Parteiabrede immer klagbar, wenn sie in Stipulationsform abgegeben wird.

Es ist, wie aus Vorstehendem ersichtlich, der Vorvertrag noch nach Justinianischem Recht nur als pactum adiectum, oder Stipulation denkbar. [10])

Obgleich sich somit die Vorverträge im römischen Rechtsleben wohl Geltung verschaffen konnten, scheinen sie sehr wenig bekannt gewesen zu sein, [11]) was schon das außerordentlich geringe Quellenmaterial zeigt, das selbst von seinen Hauptvertretern angeführt wird. „Es beschränkt sich," sagt Goeppert, [12]) „im Grunde genommen auf L. 68 de verb. obl. 45, 1, welche von einer Stipulation über ein zukünftiges Darlehn handelt und zwar von einem für uns nicht mehr brauchbaren Standpunkt aus; was sonst noch ab und zu angeführt wird, gibt keinen Anhalt".

Das ältere deutsche Recht — dem vor allem der Unterschied, den das römische Recht zwischen klagbaren und klaglosen Verträgen macht, unbekannt ist, es kennt nur gültige und ungültige Verträge, jeder gültige Vertrag ist klagbar — bietet für den Vorvertrag kein Feld.

Nach germanischem Recht verpflichtet das bloße Wort, die bloße Abrede nicht, verpflichtend ist nur die Tat, die Handlung, verbunden mit der feierlichen Wortformel; der Vertrag muß hörbar und sichtbar sein, sei es nun, daß zu dem feierlichen Wort die Leistung selbst, oder für sie

10) So Regelsberger, Civilrecht Erört. I S. 130, Brinz, Pandekten IV S. 325. Wie allerdings ein Vorvertrag als pactum adiectum aussehen soll, ist sehr schwer denkbar.

11) Dagegen Regelsberger, Civilrecht Erört. I S. 129 § 25.

12) Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14, S. 400.

ein Pfand (Sache oder Person) tritt, ein reiner Formalvertrag nach Art der römischen Stipulation ist dem ältesten deutschen Rechte unbekannt.[13])

Dies umständliche Verfahren konnte bei Steigerung des Verkehrs nicht beibehalten werden, und so entwickelt sich in fränkischer Zeit ein reiner Formalvertrag; als Pfand kann eine wertlose Sache, ein Symbol gegeben werden, auch durch Urkunde ist Vertragsschluß möglich, die Urkunde gilt als Pfand, muß also zur Entstehung der Vertragsverpflichtung übergeben werden. An Stelle des Pfandes tritt dann auch das Handgeld, das zu feierlichem Mahl oder Weintrunk verwendet, oder der Kirche übergeben wird. In weiterer Entwicklung fällt auch die Uebergabe des Scheinpfandes fort, und andere Formen bilden sich aus, Handschlag ꝛc., die feierliche Wortform aber bleibt unverändert.

Es kennt das deutsche Recht somit nur den Real- und Formalvertrag, der Konsensualvertrag ist immer noch unbekannt.

Bei der Reception des römischen Rechts wurden die deutschen Rechtsformen zurückgedrängt, trotzdem aber auch den römischen der Eingang verwehrt; vor allem gilt das von der Stipulation, die auf deutsche Verhältnisse nicht übertragen werden konnte; aber auch die Geltung der pacta nuda war bestritten; teils erklärte man sie für klaglos, so die Vertreter des römischen Civilrechts, teils für gültig vom Standpunkt des kanonischen Rechts und des Naturrechts, und letztere Ansicht drang durch. So gilt denn seit Ende des 16. Jahrhunderts in Deutschland der Grundsatz der Verbindlichkeit der formlosen Verträge. Was bei den Römern nur für die Konsensualverträge und verschiedene pacta gilt, wird nunmehr für alle obligatorischen Rechtsgeschäfte als Grundsatz aufgestellt, jede Willenserklärung, mündliche wie schriftliche, aus-

13) Aus gleichen Anfängen hat sich ja auch das römische Recht entwickelt, man denke nur an die mancipatio. Gaius Inst. I, §. 119.

drückliche wie stillschweigende, ist verpflichtend, ist klagbar; der Wille, von dem das Rechtsgeschäft getragen wird, muß in irgend einer Weise wissentlich erklärt werden, muß in irgend einer Weise in die sichtbare Welt der Erscheinungen treten; dies ist das einzige Erfordernis. Ist die Klagbarkeit eines Vertrages bloß von der erklärten Uebereinstimmung des Parteiwillens abhängig, dann muß auch die Uebereinkunft der Parteien künftig einen Vertrag schließen zu wollen, der Vorvertrag, als klagbar anerkannt werden.

Landesrechtlich wird vielfach der Versuch gemacht, den Grundsatz des gemeinen Rechts zu durchbrechen und ihn auf minder wichtige Geschäfte zu beschränken; so wurde für verschiedene Rechtsgeschäfte schriftlicher oder gerichtlicher Abschluß vorgeschrieben; andere Rechte wieder gestatteten Formlosigkeit nur bis zu einem bestimmten Wert des Vertragsgegenstandes, so das Preußische Landrecht und der Code civil.

Das Bürgerliche Gesetzbuch übernimmt den gemeinrechtlichen Grundsatz wieder. Das obligatorische Rechtsgeschäft ist ohne Rücksicht auf die Größe seines Gegenstandes, auch bei formlosem Abschluß verbindlich und klagbar. [14])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wie die Motive sagen, den Vorvertrag nicht zum Gegenstande allgemeiner Regelung gemacht, mangels zureichenden Bedürfnisses. „Daß ein Vorvertrag . . . . möglich und zulässig ist, kann ebensowenig einem begründeten Zweifel unterliegen . . . ." [15])

Mag man das Schweigen des B.G.B. auslegen, wie man will, von der herrschenden Lehre wird der Vorvertrag als bestehend anerkannt; sie spiegelt sich ja auch in den

14) Vorstehende Darstellung ist entnommen v. Amira, Grundriß des germ. Rechts S. 136 ff.; Baron, Pandekten § 209 S. 362; Brinz, Lehrb. der Pandekten IV § 574, S. 325; Cosack, Lehrb. des d. bürgerl. Rechts I § 82 S. 290; Engelmann, Bürgerl. Recht S. 209; Gerber, System des d. Privatr. § 164 S. 444; Puchta, Vorlesungen VI § 250, S. 69 ff.; Sohm, Institutionen § 84 S. 408; G. Ad. Struvii Syntagma Jurisprudentiae S. 126.

15) Motive I § 90 S. 178.

Motiven wieder; ebenso widmen ihm alle Lehrbücher von den Pandekten bis zu denen des B.G.B. längere oder kürzere Darstellungen, die ihn als vorhanden voraussetzen; zahlreiche Specialschriften haben sein Dasein und seine Daseinsberechtigung zu beweisen versucht, oder sie bestritten.

§ 3.

Entwicklung des Begriffs des Vorvertrages durch Ausscheiden unechter Fälle.

Der Vorvertrag ist, wie schon ausgeführt, ein schuldrechtlicher Vertrag, der auf Abschluß eines zweiten schuldrechtlichen Vertrages, des sog. Hauptvertrages, geht, der seine Erfüllung durch den Abschluß dieses letzteren findet. Der Hauptvertrag kann Konsensual-, er kann Realvertrag sein, keine Art schuldrechtlicher Verträge ist ausgeschlossen. Erforderlich ist nur:

1. es muß durch Vertrag eine Leistung bestimmt sein,
2. diese vertragsmäßige Leistung muß ihrerseits wieder der Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages sein, dergestalt, daß mit dem Abschluß dieses zweiten Vertrages der erste erfüllt ist.

Auszuscheiden sind demnach:

1. Abmachungen, die einen Vertragsschluß herbeiführen sollen, selbst aber keine Verträge sind. Dahin gehören:

a) Besprechungen, Beredungen, Willensäußerungen von Parteien, die einen Vertrag anbahnen, in die Wege leiten sollen, die selbst aber nach dem Willen der Parteien nicht bindend und daher frei widerruflich sind, kurz die sog. Vorverhandlungen, Traktate, oder pacta praeparatoria des gemeinen Rechts.

An dieser Stelle sei der Ansicht entgegengetreten, die den Vorvertrag als unvollständigen, oder unvollkommenen Vertrag auffaßt, etwa dergestalt, daß er durch weitere Verträge

noch auszuführen und zu ergänzen sei, um zum „eigentlichen Vertrag" zu führen.[16]) Ein Vertrag, der noch unvollständig, noch zu ergänzen ist, kann überhaupt nicht als Vertrag bezeichnet werden. Unvollständig ist ein Vertrag nur dann, wenn eine Einigung über einen wesentlichen Punkt, oder einen Punkt, den die Parteien, oder auch nur eine, nach ihrer Erklärung, als wesentlich betrachtet wissen wollen, nicht erzielt ist, wenngleich über alle anderen Punkte Verständigung stattgefunden hat; im ersteren Falle versagt die Rechtsordnung dem Vertrag die Anerkennung, im letzteren der Wille, die Erklärung der Parteien. Die Verständigung der Parteien ist selbst dann unverbindlich, wenn die einzelnen Punkte schriftlich aufgezeichnet sind. Es fehlt, wie Endemann sagt, „die Zusammenfassung zur Einheit des Vertrages, die weder hergestellt wird durch die Summe der Separatvereinbarungen über alle wesentlichen einzelnen Punkte, noch, wenn sie geschaffen ist, zerstört wird durch das Fehlen eines einzelnen vergessenen Punktes".[17]) Es gilt B.G.B. § 154 Abs. 1:

> „Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat."[18])

---

16) Diese Auffassung vertritt neben der richtigen Dernburg, Pandekten II § 10 S. 26, indem er die eigentlichen Vorverträge (pacta de contrahendo) als andere Art von Vorverträgen bezeichnet S. 27.

17) Endemann, Lehrb. des B.G.B. § 106, 1 S. 616.

18) Es wird nach B.G.B. der Punktation, die im Preuß. L.R. I 5 eine so große Rolle spielt, keine größere Kraft beigelegt, als den sog. Traktaten. Beide scheiden für das B.G.B. aus, es gibt nunmehr nur noch Verträge, als verbindliche und Vorverhand-

b) Das Vertragsangebot, die Offerte, der Antrag; er soll die Gegenpartei zur Annahme und dadurch zum Vertragsschluß bewegen; er wird auch häufig das Resultat längerer Besprechungen, oder beiderseitiger Verhandlungen sein; einmal gestellt, bindet er den Antragsteller, er kann nicht frei widerrufen werden, ein Vertrag aber ist er nicht, sondern nur ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Er ist die Grundlage des zu schließenden Vertrages, der nur zustande kommt, wenn die Gegenpartei, an die der Antrag gerichtet ist, denselben rechtzeitig, ohne Einschränkung und Aenderung annimmt, also eine Erklärung abgibt, die sich vollkommen mit dem Antrage deckt, die ihn inhaltlich wiedergibt, wiederholt, was durch die Benennung Annahme ausgedrückt wird. Antrag und Annahme vollenden erst den Vertrag, sie sind beide gleich wesentlich zum Vertragsschluß. [19])

---

lungen, als unverbindliche Abreden, sodaß Degenkolb's Wunsch (Festschrift S. 48 a. E.) erfüllt ist, alle Mittelfiguren sind weggefallen. Vergl. zu B.G.B. § 154, auch 155: „Haben sich die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde."

19) Brinz, Lehrb. d. Pand. IV § 574 S. 328 will da, wo die Aufrechterhaltung einer Offerte binnen einer gewissen Zeit versprochen wird, statt einer gebundenen Offerte ein pactum de contrahendo annehmen; die Offerte ist stets einseitiges Rechtsgeschäft, niemals Vertrag, sie kann höchstens, nach herrschender Lehre, auf Grund eines Vertrages gestellt sein, dann ist sie aber Offerte zum Hauptvertrage, bezw. Erfüllungshandlung der einen Partei aus einem Vorvertrage. Zu unterscheiden von der Offerte ist die Einladung zur Offerte, welche den Zweck hat, die Gegenpartei zur Stellung des Antrages zu veranlassen, mag sie auch die Form eines Antrages haben, z. B. eine Zeitungsanzeige „Haus für 10000 zu verkaufen!" Es kann nicht der Wille, die Absicht des Inserenten sein, daß alle Leser der Zeitung ja sagen; dort aber muß ein Antrag angenommen werden, wo die Aufforderung sich an „fungible Personen" (Bier-

2. Vertragsmäßige Abmachungen über gewisse Grundsätze, welche die Parteien bei künftig zu schließenden Verträgen beobachtet wissen wollen; aus ihnen entspringt nicht die Verpflichtung, Verträge der beredeten Art künftig wirklich zu schließen, ihre juristische Bedeutung ist nur die, daß, wenn in der Tat in Zukunft solche Verträge geschlossen werden, der Inhalt jener Vereinbarung stillschweigend in sie aufgenommen wird. [20])

3. Verträge, deren Enderfolg, deren Leistung durch einseitige Entscheidung einer der Vertragsparteien bestimmt werden soll. Dies sind:

a) Die sog. Alternativobligationen, d. h. Verträge, in denen nicht eine einzige, sondern eine Mehrheit von Leistungen des Schuldners bezeichnet ist, von denen jedoch nur eine nach Wahl des Berechtigten, dies ist im Zweifel der Schuldner, geleistet werden soll;

b) Verträge, bei denen innerhalb gewisser Schranken die Bestimmung des Vertragsinhalts ganz freigegeben ist.

Dahin gehört der Spezifikationskauf, oder, wie man ihn auch nennt, der Kauf „mit Spezifikation". Er ist nach H.G.B. § 375, der zum ersten Male dies Geschäft gesetzlich regelt, der Kauf einer beweglichen Sache, bei dem dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß, oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist.

Namentlich in der Eisen-, Garn- und Holzindustrie kommt es häufig vor, daß das Quantum der zu liefernden

---

mann, Jahrb. f. Dogm. 32, S. 292) richtet, d. h. wo die Persönlichkeit des einen Kontrahenten für den anderen nicht in Betracht kommt; solche Offerten können passend Offerten an das Publikum genannt werden (Biermann a. a. O.), so z. B. Aufstellung eines Automaten, Sammelbüchse ꝛc. Es entscheidet die Verkehrsanschauung, so werden Schaufensterauslagen mit Preisbezeichnung als Offerte aufgefaßt, ohne Preisbezeichnung nicht, die Auslage kann ja auch zu dekorativem Zweck erfolgt sein. Die Annahme eines Antrages muß selbstverständlich dem Antragsteller, nicht Dritten erklärt werden.

20) Goeppert, Krit. IV Jahresschr. 14 S. 402.

Ware verabredet ist, aber mit Rücksicht auf die Geschäftslage, oder sonstige Umstände soll der Käufer bestimmen, in welcher Form er die Ware will, z. B. ob Draht oder Stifte, Garn von einer bestimmten Sorte in verschiedenen Nummern; oft ist das abzuliefernde Quantum nicht aus einer Warensorte zu leisten, sondern unter beliebiger Teilung aus mehreren Sorten (sog. komplizierter Spezifikationskauf).

Bezüglich der Preisbestimmung ist entweder ein einheitlicher Grundpreis festgesetzt mit einer Skala von Ueberpreisen für die verschiedenen Formen, bezw. es sind, wenn aus verschiedenen Sorten geliefert werden soll, verschiedene Grundpreise festgesetzt.

Die Gültigkeit derartiger Verträge war in der Wissenschaft und Praxis auch schon vor der gesetzlichen Regelung des § 375 H.G.B. fast allgemein anerkannt[21]); nur bezüglich der juristischen Konstruktion herrschten Meinungsverschiedenheiten. Die einen sahen in diesem Geschäfte eine Alternativobligation; andere einen Haupt- und Nebenvertrag, einen Kauf mit der Nebenabrede, daß der Verkäufer sich zu der in das Belieben des Käufers gestellten Formgebung verpflichtet; in den sog. komplicierten Fällen nahm man sogar mehrere bedingte Obligationen an; letztere Theorie interessiert uns hier am meisten. Es könnte sich höchstens um suspensiv bedingte Verträge handeln, da der Anspruch auf eine der Sachen erst mit der Wahl eintritt; der Käufer wäre also zur Zeit noch gar nicht gebunden; erst durch die Wahl würde er seine Bindung herbeiführen. Der Verkäufer wäre ihm gegenüber bis dahin völlig machtlos. Ein Klagerecht, durch das der Verkäufer den Käufer zur Ausübung der Wahl zwingen könnte, ließe sich nicht aus dem noch nicht perfekten Kaufvertrag, sondern nur auf Grund

21) Oertmann, Der Kauf „mit Spezifikation". Arch. f. Civ. P. 85 S. 202 ff. R.O H.G. 14 S. 41; 16 S. 204; 18 S. 48; R.G. 10 S. 97; 14 S. 243; 30 S. 101; 43 S. 102.

eines nebenher laufenden pactum de contrahendo konstruieren, durch das der Käufer sich zur Erfüllung einer der mehreren alternativen Bedingungen (d. i. zur Ausübung der Wahl) verpflichtete. Ein solches pactum de contrahendo aber liegt den Parteien fern und muß erst in ihre Abreden hineininterpretiert werden.

Wir haben in allen Fällen der Spezifikation ein einheitliches, unbedingtes, vollkommenes Kaufgeschäft vor uns und zwar „einen Genuskauf, bei welchem dem Käufer nur eine nähere Individualisierung des Schuldinhaltes nach bestimmten Richtungen hin zugestanden ist, dies entweder hinsichtlich der Form, oder der Modalitäten der Lieferung, oder endlich der aus dem gemeinsamen genus auszuwählenden Sorte des Leistungsobjektes; der Kaufpreis ist dabei entweder fest bestimmt, oder aber in eine bestimmte Beziehung zu der so oder so zu treffenden Wahl gesetzt.“ [22])

Die Wahl geschieht durch einseitige, formlose Erklärung des Berechtigten, der entweder der Gläubiger oder der Schuldner sein kann — ist nichts bestimmt, so ist es der Schuldner — an die Gegenpartei (B.G.B. §§ 262, 263). Die Wahl ist also ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. [23])

4. Rechtsverhältnisse, deren rechtliche Grundlage zwar ein geschlossener Vertrag ist, die in einem geschlossenen Vertrage wurzeln, die aber durch eine Erklärung, d. h. ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, des Berechtigten zustande kommen; oder, wie Degenkolb sagt, „alle Fälle, in denen von dem Abschluß eines künftigen Vertrages überhaupt nicht die Rede ist, sondern von bloßen in die Zukunft hinausreichenden, oder durch zukünftige Ereignisse in ihrem

22) Oertmann, Arch. f. Civ. Pr. 85 S. 215; zu der vorhergehenden Darstellung vers. a. a. O. S. 211 ff. bes. S. 214; vergl. dazu auch Cosack, Lehrb. des H. R. S. 172 § 42; Gareis, das d. H. R. S. 361 III; Staub, Komm. z. H.G.B. II S. 1553.

23) Vergl. auch Endemann, Lehrb. des B.G.B. I § 106, S. 617 Anm. 7.

Erfolg bedingten, vertragsmäßigen Modifikationen des bereits geschlossenen Vertrages“ [24]) (Wiederkauf).

Eine gewisse Aehnlichkeit mit obigen Rechtsverhältnissen haben die sog. Lieferungsverträge, z. B. ein Gutsbesitzer verpflichtet sich, einem Kaufmanne seine Gutsprodukte zum regelmäßigen Marktpreis (oder einem bestimmten Betrag darunter oder darüber) zu liefern; oder ein Wirt schließt mit einer Brauerei einen Vertrag, seinen Bierbedarf für eine Reihe von Jahren gegen den ortsüblichen Preis bei ihr zu decken. Auch hier kann vom Abschluß eines künftigen Vertrages in Erfüllung des vorliegenden, gegenwärtigen keine Rede sein; es ist nichts weiter zu bereden, die beiderseitigen Leistungen sind festgesetzt (Gutsprodukte, Bier — Marktpreis ꝛc.), nur ihre Höhe, ihre Quantität ist unbestimmt; doch wird auch diese nicht jedesmal vertragsmäßig, sondern durch ein äußeres Ereignis festgesetzt, das mit dem Willen der Parteien nichts zu tun hat, das außerhalb ihrer Willensmacht liegt (Ernte, Bedarf, Marktpreis, welch letzterer selbst wieder von äußeren Umständen abhängt, Angebot, Nachfrage ꝛc.).

5. Bedingte Verträge; hier ist der Vertrag schon geschlossen, jedoch sollen seine Wirkungen vom Eintritt eines künftigen, ungewissen Ereignisses abhängig sein. Solange das Ereignis noch nicht eingetreten, kann der bedingt Berechtigte das Recht nicht geltend machen, er ist Anwärter des Rechts; mit dem Eintritt des Ereignisses wird der Anwärter wirklicher Rechtsinhaber; er kann das Recht in vollem Umfange geltend machen. Der bedingt Verpflichtete wird sofort unbedingt Verpflichteter; Verfügungen, die er in der Schwebezeit über den Gegenstand des Rechts gemacht hat, verlieren ihre Wirksamkeit, insoweit sie die Rechtsstellung des unbedingt Berechtigten beeinträchtigen, ebenso muß er für schuldhafte Beeinträchtigung des Rechts Schadenersatz

24) Degenkolb, Festschrift S. 22.

leisten. Es wird demnach kein neues Recht erworben, das unbedingte Recht ist die Fortsetzung des früheren Anwartschaftsrechtes und zwar auf Grund des geschlossenen Vertrages, ein neuer Abschluß ist überhaupt nicht möglich.

Zu den bedingten Verträgen gehören auch Verträge, deren Zustandekommen in das einseitige Belieben der einen Partei gestellt, während der andere Teil fest gebunden ist. Die Bedingung ist hier die auf Willkür beruhende Entscheidung des einen Teiles, der Vertrag, ist sofort perfekt, wenn diese Erklärung abgegeben wird. Als Beispiel sei angeführt der Kauf auf Probe nach B.G.B. § 495.

Ebensowenig wie der bedingte Vertrag Vorvertrag, ist der Vorvertrag bedingter Vertrag, gestellt auf den Willen des Verpflichteten oder Berechtigten. Ein Vertrag, der auf den Willen des Verpflichteten gestellt ist, ist kein Vertrag, ist nichtig, denn er enthält die Erklärung: ich will verpflichtet sein, wenn ich später wollen werde, nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit.[25]) Als bedingter Vertrag, gestellt auf das Wollen des Berechtigten kann der Vorvertrag auch nicht angesehen werden. Einerseits haftet diese Bedingung jedem Vertrage an; kein Vertrag kann entstehen, ohne daß der Berechtigte will, bezw. seinen Willen durch Mitwirkung beim Abschluß betätigt; andererseits aber würde der Vorvertrag, behaftet mit dieser Bedingung, schon der bedingte Hauptvertrag sein, dessen Zustandekommen in das einseitige Belieben des Berechtigten gestellt, während der Verpflichtete schon fest gebunden wäre.[26])

25) L. 108 § 1 D. de verb. obl. 45,1.

26) Es ist somit die Ansicht Degenkolb's (Festschrift S. 18) abzuweisen, daß die ausdrückliche Bestimmung „si voluerit", gestellt auf das Wollen des Berechtigten, sich in der Tat zur Bedingung (des Vorvertrages) gestalten lasse; dazu auch Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14 S. 406, III.

Einer auch heute noch weit verbreiteten Ansicht soll kurz entgegengetreten werden. Manche sehen die verabredete Beurkundung eines beabsichtigten, d. h. eines noch nicht geschlossenen Vertrages als Vorvertragsverhältnis an.[27]) Die Absicht der Parteien ist, daß die bloße Beredung nicht genügen solle, sondern, daß der Vertrag, z. B. noch schriftlich aufzusetzen ist, daß der Vertrag vor der Beurkundung noch nicht als geschlossen gelten soll; dann ist die Willensübereinstimmung solange nicht als Vertrag anzusehen, bis die Form hinzukommt. Es liegt überhaupt noch kein Vertrag vor, also auch kein Vorvertrag, auf Grund dessen Erfüllung der Form verlangt werden könnte. Diesen Standpunkt vertritt auch B.G.B. §§ 154, Abs. 2, 125, Satz 2.

> § 154, Abs. 2: „Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist."
>
> § 125, Satz 2: „Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge."

Die Parteien können die Verabredung treffen, daß der Vertrag schon vollgültig abgeschlossen sein, nur des Beweises 2c. halber Beurkundung hinzukommen solle; aber auch in diesem Falle entsteht kein Vorvertragsverhältnis. Es bestehen zwei Verträge neben einander, der eine geht auf Erfüllung (die Leistung aus dem Vertrage), der andere auf Vollziehung der Form.

Die Parteihandlungen, Schrift, Unterschrift, Erklärung vor Notar oder Gericht 2c. sind keine Vertragshandlungen, sondern Handlungen zum Zwecke der Herstellung, bezw. der Mitwirkung bei Herstellung (Schöpfung) einer Sache, der

---

27) So Krückmann, Institutionen des B.G.B. S. 171.

Urkunde; demnach ist der auf Anfertigung der Urkunde gerichtete Vertrag kein Vorvertrag. [28])

Die Verpflichtung ist auch nicht auf Mitwirkung zur Wiederholung des Abschlusses des bereits geschlossenen Vertrages durch die Urkunde, zur Vertragsreproduktion, gerichtet. Der Inhalt einer solchen Verpflichtung ist völlig verschieden von dem Inhalte der Verpflichtung bei der Beurkundung mitzuwirken. Und selbst, wenn es in der Absicht der Parteien liegen sollte, durch die Urkunde den geschlossenen Vertrag zu reproduzieren, so ist der reproduzierte Vertrag nicht ein neuer Vertrag, unter Aufhebung des ersten; alle Wirkungen, Verpflichtungen und Rechte, des ersten bleiben bestehen, sie werden durch die Reproduktion nur neu aufgefrischt, erhalten ein neues Gewand. Ist der Zweitvertrag inhaltlich bewußt von dem Erstvertrag verschieden, so gelten seine Bestimmungen; er hebt also in diesem Falle den Erstvertrag auf und tritt an seine Stelle, aber nicht als Erfüllungshandlung, sondern auf Grund entgegenstehender Vertragserklärung. [29])

§ 4.

Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrage.

Die Schuldverhältnisse teilen wir ein in einseitige und zweiseitige und unterscheiden, je nachdem das aus einem Vertrage entspringende Schuldverhältnis einseitig oder zweiseitig ist, einseitige und zweiseitige Verträge.

Ein zweiseitiges Schuldverhältnis ist gegeben, wenn jeder der beiden Vertragschließenden sich zu einer Leistung verpflichtet, wenn der Leistung der einen Partei die Gegenleistung der anderen gegenübertritt, wenn Leistung hier, gegen

28) Siehe auch Affolter, Arch. f. bürgerl. R. 8, S. 39.

29) Degenkolb, Festschrift S. 24; Derf. Arch. f. Civ. Pr. 71 S. 161 ff.; Meyer, Arch. f. Civ. Pr. 87, S. 78; Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. 45, S. 94.

Leistung dort ausgetauscht wird, wenn also die beiden Parteien zugleich Gläubiger und Schuldner sind.

Einseitig ist ein Schuldverhältnis, in welchem nur eine Partei eine Leistung übernimmt, eine Leistung verspricht, in dem also die eine Partei nur verpflichtet, nur Schuldner, die andere nur berechtigt, nur Gläubiger ist; das für die Verpflichtung der anderen Partei keinen Raum läßt.

Außerdem gibt es aber noch Schuldverhältnisse, die ihrem ersten Inhalte nach einseitig sind, bei denen aber durch besondere Umstände die berechtigte Partei zwar keine Gegenleistung, aber doch eine anderweitige Verpflichtung übernimmt; hier liegt kein Austauschverhältnis der beiden Leistungen vor, keine der beiden Leistungen ist das Aequivalent der anderen; die Leistung der verpflichteten Partei erscheint als die Hauptverpflichtung, sie gibt dem Geschäft seinen Charakter; die Verpflichtung der berechtigten Partei erscheint als Neben-, als sekundäre Verpflichtung. Schuldverhältnisse dieser Art zählt man entweder zu den einseitigen, oder zu den zweiseitigen und nennt sie dann unvollkommen zweiseitige. Sie müssen scharf unterschieden werden von den (vollkommen) zweiseitigen Schuldverhältnissen, die wir oben behandelten; dort erscheint jede Leistung im Rechtssinn der anderen gleichwertig, keine ist Hauptverpflichtung, beide in ihrem Wechselverhältnis geben dem Geschäft seinen Charakter (Verträge, aus denen ein derartiges Schuldverhältnis entspringt, nennen wir gegenseitige Verträge, z. B. Kauf); hier dagegen läuft die Verpflichtung, die Leistung der anderen Partei rechtlich nur nebenher.[30])

30) Vergl. dazu Crome, Syst. des b. R. II S. 164; Krückmann, Inst. des B.G.B. S. 294; Windscheid, Pand. II S. 318, die derartige Schuldverhältnisse zu den einseitigen rechnen; Cosack, Lehrb. des d. b. R. I S. 304 b, der sie zu den zweiseitigen zählt. Die Römer haben den Unterschied in ihrem Aktionensystem klar und scharf zum Ausdruck gebracht; bei den vollkommen zweiseitigen Verträgen hatte die actio jeder Partei ihren besonderen Namen (actio

Der Vorvertrag ist gerichtet auf Vertragsschluß, d. h. die sich entsprechende Erklärung beider Parteien (Antrag und Annahme). Es ist nun möglich, daß jede Partei sich der anderen gegenüber verpflichtet, den Hauptvertrag abzuschließen, oder aber, daß nur eine Partei diese Verpflichtung übernimmt, die andere nicht.

1. Jede Partei verpflichtet sich beim Hauptvertragsabschluß durch Abgabe der von ihr verlangten Willenserklärung mitzuwirken; damit wird sie andererseits auch berechtigt, von der Gegenpartei Mitwirkung zu verlangen. Leistung hier (Antrag), Gegenleistung dort (Annahme) stehen in rechtlichem Zusammenhang; ja jede Leistung ist geradezu Ziel und Zweck der anderen, denn wer den Antrag zu einem Vertrage stellt, — und das kann ja jede Partei —, tut dies nur zu dem Zwecke, die Annahmeerklärung zu erhalten, sodaß der Vorvertrag ein vollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis begründet, also ein gegenseitiger Vertrag ist.

Das zweiseitige Verhältnis bleibt auch bestehen, wenn der Hauptvertrag ein einseitiges Schuldverhältnis begründet; zu seinem Abschluß sind ja trotzdem die beiden Leistungen, die beiden Willenserklärungen erforderlich; niemand kann einen Vertrag schließen, ohne eine Willenserklärung abzugeben; auch die „stille" Annahme nach B.G.B. § 151 ist eine Aeußerung, eine Erklärung des Willens.

2. Sehr häufig aber geschieht es, daß nur eine Partei im Vorvertrag gebunden ist, den Hauptvertrag zu schließen, die andere nicht; so kann sich z. B. die eine Partei verpflichten, ein Darlehn zu geben, die andere dagegen nicht es zu nehmen und umgekehrt (pactum de mutuo dando-accipiendo). Hier

---

emti-venditi), bei den unvollkommen zweiseitigen Verträgen (gemeinrechtl. contractus bilateralis inaequalis) dagegen trug die actio den Namen des Hauptinhaltes, der Hauptverpflichtung; die Klage wegen der Nebenverpflichtung wurde als actio contraria bezeichnet (actio depositi, mandati etc. contraria); vergl. dazu Crome, a. a. O. S. 165 Anm. 3.

ist nur die eine Partei verpflichtet, die andere nicht, sie ist ausschließlich berechtigt; die Annahme des Antrages steht in ihrem freien Belieben; es kann allerdings vorkommen, daß die berechtigte Partei eine Leistung zu machen hat, so verlangt Treu und Glauben, daß die berechtigte Partei auf den Antrag der verpflichteten hin nicht schweigt, sondern eine Erklärung abgibt, ob sie annehmen will, oder nicht; es sei denn, daß nach der Verkehrssitte, oder der Abrede der Parteien eine ausdrückliche Erklärung nicht erforderlich ist; aber diese Verpflichtung ist nur eine sekundäre, sie hat auf den Charakter des Schuldverhältnisses keinen Einfluß, sie läuft rechtlich nur nebenher.

Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrage kann demnach sowohl einseitig, wie zweiseitig sein. [31])

§ 5.

Erfordernisse des Vorvertrages.

Der Vorvertrag untersteht, in Ermangelung eigener positiv rechtlicher Bestimmungen, den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte, bezw. schuldrechtliche Verträge. Da die Leistung aus dem Vorvertrage der Abschluß eines Vertrages ist, muß auf die Erfordernisse, die zum gültigen Abschluß dieses zweiten Vertrages gehören, Rücksicht genommen werden.

Wer einen Vorvertrag abschließen will, muß geschäftsfähig sein; die dem Vorvertrage zu Grunde liegenden Willenserklärungen müssen ernstliche und dürfen nicht durch Irrtum, Täuschung oder Bedrohung veranlaßt sein, soll nicht Nichtigkeit, bezw. Anfechbarkeitt eintreten. Abschluß durch Stellvertreter ist grundsätzlich möglich ꝛc.

Einer Form bedarf der Vorvertrag im allgemeinen nicht, da ja im heutigen Recht das Prinzip der Formlosig-

31) Vergl. Degenkolb, Festschrift S. 47; Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14, VI S. 418, 419.

keit gilt; so kann denn auch der Vorvertrag zu einem Konsensual-, wie zu einem Realvertrage formlos abgeschlossen werden.

Wie ist es aber, wenn durch Gesetz ein formeller Abschluß des Hauptvertrages angeordnet ist; soll hier der Vorvertrag der Formvorschrift nicht unterliegen und formlos den formellen Hauptvertrag erzwingen können?[32])

Wir müssen unterscheiden zwischen Formvorschriften, die durch die Rechtsordnung, das Gesetz geboten, deren Beobachtung zur Gültigkeit erforderlich ist, sodaß der formlose Vertrag vom Gesetze nicht beachtet, ignoriert wird und Formerfordernissen, welche den Parteien zur Wahl stehen, um eine verstärkte Haftung zu schaffen, etwa durch vollstreckbare Urkunde.

Wo das Gesetz eine Erschwerung des Vertragsschlusses durch Formzwang eintreten läßt, will es auf die Wichtigkeit des Geschäfts aufmerksam machen; die Parteien sollen sich bewußt werden, welche schweren Folgen der Abschluß des Vertrages für sie haben kann und daher vor dem entscheidenden Schritt sich nochmals prüfen, nochmals mit sich zu Rate gehen, ob sie wirklich die Absicht haben, eine derartige Verpflichtung einzugehen, oder ob sie vielleicht die Zusage zu einem solchen Geschäft, z. B. der Bürgschaft, in der Uebereilung, aus Gefälligkeit, oder Leichtsinn gaben, ohne sich bewußt zu werden, daß sie damit sich verpflichteten für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten aufzukommen. Es ist aber auch häufig späterhin schwierig festzustellen, ob die Zusage wirklich in der Absicht rechtlicher Verpflichtung gemacht wurde. Welches aber auch der Zweck der Formvorschrift sein mag, jedenfalls hält die Rechtsordnung Geschäfte der Art für wirtschaftlich so bedeutend und wichtig, daß sie denselben nur in Verbindung mit einer bestimmten Form, sei es nun, je nach dem Grade der wirtschaftlichen

32) So Engelmann, Bürgerl. Recht § 85, S. 222.

Wertschätzung, einfache Schriftform, oder notarielle, oder gerichtliche Beurkundung ꝛc., ihre Anerkennung erteilt. Wollte man daher aus einem formlosen Vorvertrag einen Anspruch auf Abschluß des formellen Hauptvertrags entstehen lassen, so würde der Zweck jener Vorschrift in ihrem praktischen Erfolge umgangen, vereitelt werden; ja das Gesetz würde selbst eine Tür zu seiner Umgehung öffnen.

Die Form ist wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts, der formlose Vertragsabschluß ist nichtig, gilt überhaupt nicht als Vertrag, sodaß also auch nicht ein Anspruch auf Nachholung der Form aus ihm gegeben ist. „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig.“ [33]) Wenn nun der formlose Vertragsschluß ohne jegliche rechtliche Bedeutung ist und nicht einmal den Abschluß in der gesetzlichen Form herbeiführen kann, dann doch erst recht nicht die Vereinbarung, die formlose Willenserklärung, durch die sich die Parteien zum Abschluß eines solchen Vertrages verpflichten, d. h. der Vorvertrag.

Würde man aus einem formlosen Vorvertrag eine Verpflichtung zum Abschluß des formellen Hauptvertrages eintreten lassen, dann wäre die notwendige Folge, daß ein Vertrag, der nach B.G.B. § 125 wegen Formmangels nichtig ist, doch wenigstens als Vorvertrag in Kraft bestände; bestimmt doch B.G.B. § 140:

> „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.“

Nehmen wir an, die Parteien haben ohne Kenntnis der Formvorschrift, gut gläubig einen formlosen Bürgschaftsvertrag geschlossen, dann muß doch, nun der Bürgschaftsvertrag nichtig ist, als ihre Absicht angenommen werden, daß sie sich zum Abschluß eines Bürgschaftsvertrages verpflichten,

33) B.G.B. § 125, Satz 1.

daß sie einen Vorvertrag zur Bürgschaft schließen wollten. Es könnte dann aus dem formlosen Vorvertrag der Abschluß des formellen Hauptvertrages verlangt werden; der formlose Vorvertrag hätte also mehr Kraft, als der formlose Hauptvertrag.

Wir kommen demnach zu dem Schluß, daß überall, wo vom Gesetz eine Form für den Hauptvertrag vorgeschrieben ist, dieselbe Form auch beim Vorvertrag zu beobachten ist.[34])

Gleiches gilt nach B.G.B. § 125, Satz 2 auch bei einer durch Rechtsgeschäft bestimmten Form:

„Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge."

Doch gelten auch hier die Erleichterungen von B.G.B. § 127.

Was den Inhalt des Vorvertrages angeht, so sei hier auf früher Ausgeführtes verwiesen. Es wurde dargelegt, daß sein Inhalt die Verpflichtung zur Leistung der erforderlichen Mitwirkung bei dem in Aussicht genommenen (Haupt-) Vertragsschluß ist. Es muß somit die Frage erörtert werden, wieviel vom Inhalt des Hauptvertrages muß der Vorvertrag enthalten, um die ihm eigentümlichen Verpflichtungen zu erzeugen? Diese Frage ist verschieden beantwortet worden.

34) Vergl. dazu Cosack, Lehrb. des d. b. R. I S. 293 § 83; Degenkolb, Festschrift S. 32 ff. bes. S. 36; Dernburg, bürgerl. R. II, 1 S. 184 3; Dernburg, Pand. II § 10 S. 28; Endemann, Lhrb. d. b. R. I § 106, S. 617; Goeppert Krit. IV Jhrsschr. 14, V S. 414 ff. bes. S. 416; Kohler, Lehrb. d. b. R. I § 246 S. 554; Krückmann, Inst. d. B.G.B. § 41, I S. 172; Stintzing, Vorverpflichtung, S. 45, 46, 60; Windscheid, Pand. § 310 S. 272; ferner die Kommentare z. B.G.B. Oertmann, S. 137, c, α, 138; Planck II S. 126, 1, e; Staudinger II a S. 135, e, die im Falle des § 313 B.G.B. (Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück) einhellig für den Vorvertrag die Form des Hauptvertrages verlangen; dazu auch Planck I S. 228, 6; Staudinger I S. 422 letzter Abs., die Ausführungen stehen völlig unter dem Einflusse Stintzing's.

Einige sagen, der Inhalt des Hauptvertrages muß „zur Genüge" festgestellt sein. [35])

Andere, der Inhalt muß derartig bestimmt sein, daß die Art und das Maß der durch den Hauptvertrag zu schaffenden Belastung einer Partei nicht von der unbeschränkten Willkür des Gegners abhängt. [36])

Wieder andere sagen, der Vorvertrag muß die wesentlichsten Punkte des Hauptvertrages soweit angeben, als dies der Hauptvertrag, um gültig zu sein, selber tun muß. [37])

Im Grunde sagen alle drei Ansichten ein und dasselbe. Alle wollen den Inhalt des Hauptvertrages „genügend" bestimmt wissen; das heißt doch nichts anderes, als der Vorvertrag muß die wesentlichen Punkte des Hauptvertrages enthalten mit derselben Bestimmtheit, wie dieser, erst dann sind sie genügend bestimmt, erst dann können die Verpflichtungen übersehen werden, erst dann kann jede Partei auf Grund des Vorvertrages den Antrag zum Hauptvertrage stellen.

Der Vorvertrag zum Kauf muß demnach die Bestimmung enthalten, daß ein Vertrag geschlossen werden soll, auf Grund dessen die eine Partei von der anderen die Uebertragung einer Sache zu Eigentum gegen Zahlung einer bestimmten Summe verlangen kann. Bestimmung der Kaufsache und des Kaufpreises gehören zum wesentlichen Inhalt des Kaufvertrags; die Bestimmung, daß irgend eine Sache zu irgend einem Preise gekauft werden soll, genügt nicht. Ein Vor-

35) Windscheid, Pandekten II § 310 S. 272; Motive I § 90 S. 178.

36) Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14, V S. 417; Endemann, Hdb. d. H. R. § 243, II, 2, S. 418.

37) Cosack, Lehrb. d. b. R. I § 83 S. 293; Gerber, d. P. R. § 164, S. 444; Thöl, H. R. I § 246 VI S. 783; Dasselbe drückt Bechmann (der Kauf II § 191 S. 273) mit den Worten aus: „Der Vorvertrag muß . . . den Inhalt des künftigen Hauptvertrags selbst bereits mit derjenigen Bestimmtheit enthalten, die auch von der (rechtlich relevanten) Offerte verlangt wird."

vertrag zum Kauf muß demnach auf Seite des Verkäufers folgendermaßen lauten: A. verspricht dem B. mit ihm einen Vertrag zu schließen, durch den er sich verpflichtet, ihm sein Haus für 20 000 zu Eigentum zu übertragen, oder, wie es wohl im praktischen Leben heißen wird, A. verspricht dem B. sein Haus für 20 000 zu verkaufen; ein Darlehnsvorvertrag: A. verspricht dem B. ein Darlehn von 100.

Wo der Vorvertrag eine Bestimmung über einen inhaltlich wesentlichen Punkt des Hauptvertrages nicht enthält, müssen wir Nichtigkeit annehmen, es sei denn, daß auch der Hauptvertrag zu seiner Gültigkeit eine Bestimmung über diesen Punkt nicht zu enthalten braucht, oder er, trotzdem er keine Bestimmung über einen nach der Parteierklärung wesentlichen Punkt enthält, demnach aus B.G.B. § 155 gültig ist.[38])

Ein wesentlicher Punkt, über den der Vorvertrag Aufschluß geben muß, ist die Zeit, wann er durch Abschluß des Hauptvertrages erfüllt werden soll. Die Bestimmung: „in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur“,[39]) die auch in B.G.B. § 271 enthalten ist, daß eine Leistung, falls eine Zeit nicht angegeben, sofort fällig ist, d. h. daß sie sofort verlangt und geleistet werden kann, wenn sie entstanden ist, also mit Abschluß des Vertrages, kann beim Vorvertrag keine Anwendung finden, da die Parteien ja dann sofort den Hauptvertrag hätten schließen können, eben durch Abschluß des Vorvertrages haben

38) Der Einwand Goeppert's Krit. IV Jhrsschr. 14, V S. 417, daß, falls alle Essentialien des beabsichtigten Vertrags ihre Feststellung erhalten müßten, jeder Vertrag ungültig sei, wodurch jemand „Barkredit“ versprochen wird, übersieht, daß, wenn bei einem solchen Krediteröffnungsvertrage der „offene Kredit“ nicht auf bestimmte Zeit, oder in bestimmter Höhe versprochen ist, der Kreditgeber die Kreditgewährung zu jeder Zeit und mit jedem Betrage abbrechen kann. Cosack, H. R. § 70 S. 314; ebenso Gareis, d. d. H. R. § 67 S. 527.

39) L. 14 D. de divers. reg. 50, 17.

sie den Hauptvertrag, bezw. die Ansprüche aus demselben, hinausschieben wollen. Wo daher keine Erfüllungszeit bestimmt, noch auch eine solche aus der Natur des Hauptvertrages, der Verkehrssitte ꝛc., bestimmbar ist, also sozusagen die Verpflichtung vorliegt „irgend einmal" den Hauptvertrag abzuschließen, muß wegen mangelnder Bestimmung und Bestimmbarkeit eines wesentlichen Punktes Nichtigkeit eintreten. Bezüglich dieses Punktes muß somit der Vorvertrag mehr enthalten als der Hauptvertrag.[40])

Da eine Willenserklärung erst dann als abgegeben gilt, wenn sie entweder der Gegenpartei gegenüber erklärt wird, oder in ihrer Abwesenheit ihr zugegangen ist, so ist Erfüllungsort des Vorvertrages der jeweilige Wohnort des Gläubigers. Dieser Regelfall wird aber häufig durchbrochen werden, da die Natur des durch den Vorvertrag begründeten Schuldverhältnisses die Leistung an jedem beliebigen Orte zuläßt, so kann der Schuldner überall seine Erklärung abgeben, wo er den Gläubiger trifft, auch hier wird ja die Erklärung der Gegenpartei gegenüber abgegeben.

§ 6.

Der Anspruch aus dem Vorvertrag.

Der Vorvertrag erzeugt einen Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages, d. h., wie schon des öfteren betont, jede Partei, bezw. die berechtigte, kann von der anderen Mitwirkung beim Abschluß des Hauptvertrages verlangen. Diese

40) Den oben dargelegten Standpunkt vertritt auch Oesterr. allg. bürgerl. G.B. § 936 Satz 1: „Die Verabredung künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder anderen Teils verloren wird . ." Zum letzten Teile dieses Satzes vergl. die Ausführungen in § 6 S. 33 bei Anm. 45.

Mitwirkung ist die Abgabe einer Willenserklärung. Durch die Willenserklärung der beiden Parteien (Antrag und Annahme) ist der Hauptvertrag geschlossen, der Vorvertrag demnach erfüllt. Wann die eine Partei auf den Antrag der anderen — das Verlangen der Mitwirkung wird ja stets als Antrag zum Hauptvertrage auftreten; jede Partei kann ja den Antrag stellen, d. h. den ersten Schritt tun — ihre Annahme erklären muß, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln über Vertragsschluß. So muß, wenn keine Frist bestimmt ist, der Antrag unter Anwesenden sofort, unter Abwesenden in der gesetzlich bestimmten Frist nach B.G.B. § 147 angenommen werden. Unter Abwesenden gilt außerdem noch die Bestimmung von B.G.B. § 130, sodaß also der Vorvertrag unter Abwesenden schon im Augenblicke des Zugehens der Annahmeerklärung erfüllt, der Hauptvertrag in diesem Zeitpunkt geschlossen ist.[41])

41) Gilt der Hauptvertrag auch geschlossen, wenn zwei sich kreuzende Anträge vorliegen; die Bedingungen, unter welchen Crome (System des d. b. R. I S. 396 Anm. 2) bei der Kreuzofferte einen Vertragsschluß annimmt, sind beim Vorvertrage erfüllt 1) es haben schon genügende Verhandlungen stattgefunden (Vorvertragsschluß); 2) die Sache liegt ihrer Natur nach so einfach, daß jede Erklärung sowohl als Angebot, wie als zustimmende Antwort darauf betrachtet werden kann (alle wesentlichen Punkte des Hauptvertrags sind ja bestimmt, einer näheren Erklärung, oder Ausführung bedarf es nicht, die Sachlage ist klar). Nichtsdestoweniger dürfen wir nur dann Vertragsschluß annehmen, wenn die Parteien auf die Kreuzofferte schweigen und damit den Willen kundgeben, daß ihre Offerte als Annahme angesehen werden soll; dann bringt aber nicht die Kreuzofferte, sondern das Schweigen, bezw. die darin liegende Willenserklärung den Vertrag zustande. Zudem würde ein solcher Vertragsschluß (durch Kreuzofferte) dem Gesetze widersprechen, es wird ausdrücklich von Antrag und Annahme gesprochen, d. h. von zwei Erklärungen, die bewußt auf einander Bezug nehmen: das tun aber die beiden sich kreuzenden Anträge nicht, mögen sie auch inhaltlich völlig übereinstimmen. Vergl. für diese Ansicht Cosack, Lehrb. des d. b. R. I S. 171 (jedoch mit Einschränkung); Degenkolb, Festschrift S. 16 Anm. 1; dagegen Adler, Jahrb. f. Dogm. 31 S. 257.

Versäumt die andere Partei schuldhafterweise den Zeitpunkt der Annahme, und holt das Versäumte auch, trotz Mahnung nicht nach, so gerät sie in Verzug und es treten alle gesetzlichen Folgen des Verzuges ein, Schadensersatz wegen Verspätung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Rücktritt vom Vertrage.

Vor allem kann beim Verzuge Nachholung der Leistung und Schadensersatz wegen Verspätung verlangt werden. Weigert sich die andere Partei diesem Verlangen nachzukommen, so muß sie auf Abgabe der von ihr verlangten Willenserklärung verklagt werden und das Urteil ergeht dahin, daß sie die entsprechende Willenserklärung abzugeben hat; mit der Rechtskraft dieses Urteils gilt die Willenserklärung als abgegeben nach C.P.O. § 894; dieser lautet:

„Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat."

Mit der Rechtskraft des Urteils ist der Hauptvertrag geschlossen, demgemäß der Vorvertrag erfüllt.

Bei Realverträgen, deren Abschluß durch Hingabe einer Sache, der res (Darlehnssumme, Leihsache ꝛc.) geschieht, ist die Klage auf Hingabe des versprochenen Gegenstandes zu richten, der dann im Wege der Zwangsvollstreckung nach C.P.O. § 883 dem Beklagten vom Gerichtsvollzieher genommen und dem Kläger übergeben wird. Mit der Uebergabe ist der Hauptvertrag geschlossen, der Vorvertrag erfüllt.

Statt auf Leistung kann auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt, oder der Rücktritt erklärt werden. Doch gilt dies allgemein nur, wenn die Partei infolge der Verzögerung kein Interesse mehr an der Erfüllung hat, oder wenn der Vorvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist; im letzteren Falle ist aber regelmäßig die Stellung einer Nachfrist erforderlich (B.G.B. § 326). Ist dagegen der Vorvertrag kein gegenseitiger Vertrag, so kann nur auf Abschluß des

Hauptvertrages geklagt werden, da die Bestimmungen B.G.B. § 283, Satz 1:

„Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne" . . .,

auf Vorverträge im allgemeinen keine Anwendung finden können; mit der rechtskräftigen Verurteilung ist der Hauptvertrag ja schon geschlossen; eine Ausnahme bilden die Realverträge, da bei ihnen der Hauptvertrag erst mit der res, der Hingabe der Sache zustande kommt.

Viele geben dem Anspruch aus dem Vorvertrag überhaupt nur die Richtung auf das Interesse.[42]) Nach römischem Recht ist, wie die herrschende Ansicht behauptet, dies unbestritten. Es soll also nach römischem Recht nicht das contrahere die von vornherein geschuldete Leistung sein, sondern das Interesse; ein positives Argument hierfür glaubt man in L. 68 D. de verb. obl. 45, 1 zu besitzen; sie lautet:

Paulus libro secundo ad edictum

Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero „pecuniam te mihi crediturum spondes"? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

Durch Stipulation ist die Auszahlung eines Darlehns versprochen; im ersten Falle unter Vereinbarung einer Konventionalstrafe, im zweiten Falle ohne eine solche und zwar ist vereinbart ein Darlehn schlechtweg, nicht eine bestimmte

42) Zu diesen gehört Brinz, Pand. IV § 574, S. 326, 327, dazu auch S. 328; Regelsberger, Civilrechtl. Erört. I S. 131 (für Realverträge); auf dem gleichen Standpunkt steht der Code civil in art. 1142: „Jede Verbindlichkeit etwas zu tun, oder zu unterlassen, löst sich im Falle der Nichterfüllung von Seiten des Schuldners in die Verbindlichkeit zum Schadenersatz auf."

Darlehnssumme — die Stipulation ist ja im zweiten Falle wörtlich angeführt; es heißt: „pecuniam te mihi crediturum spondes?“ nicht etwa: „sestertium decem milia“ ꝛc. Weigert sich der Kapitalist das Darlehn auszuzahlen, so hat der Darlehnssucher eine Klage auf die Straffumme oder aber im zweiten Falle auf das Interesse; im ersten Falle ist die stipulatio eine certa, sie geht auf eine certa pecunia, die Straffumme (condictio certi); im zweiten Falle ist sie eine incerta, sie geht auf ein incertum (actio ex stipulatu, in deren formula (demonstratio) die Stipulation als Klagegrund angeführt werden muß).

Die herrschende Ansicht[43]) übersieht also, daß es sich nicht um eine bestimmte Darlehnssumme, sondern um eine pecunia schlechtweg handelt, die Entscheidung demnach nicht anders ausfallen konnte; die Stelle also hier völlig unbrauchbar ist.

Nur insofern hat die herrschende Meinung eine gewisse Berechtigung, als schließlich das im Klagewege Erreichbare das Interesse ist; das ist aber keine Besonderheit der obligatio contrahendi, oder gar der obligatio faciendi, deren Unterart der Vorvertrag ist; das klassische römische Recht kannte ja nur eine pecuniaria condemnatio, nur die unbestreitbare Geldschuld ist der prozessualischen Zwangsvollstreckung fähig, es muß daher stets im Urteil das Recht des Klägers zugleich in ein Recht auf eine Geldsumme verwandelt werden; so sagt

> Gaius, Inst. IV § 48 Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.

Aus dem Geldkondemnationszwang des römischen Prozesses allein folgt aber nicht, daß aus der obligatio contra-

43) Vertreten ist diese Ansicht durch Brinz, Pand. IV S. 326. Degenkolb, Arch. f. Civ. Pr. 71 S. 64 (dagegen derselbe Festschrift S. 39 ff.); Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14 S. 409 ff.; Regelsberger, Civilrechtl. Erört. I S. 130.

hendi, dem Vorvertrag, nach klassischem Recht nur das Interesse geschuldet wurde und da auch sonst im römischen Recht ein positiver Anhalt hierfür sich nirgends findet, ist nicht einzusehen, daß die obligatio contrahendi anders behandelt werden soll, als die übrigen obligationes faciendi, zu denen sie ja gehört, und an deren rechtlichem Dasein die klassischen Juristen nicht gezweifelt haben, so spricht beispielsweise Paulus in L. 49 § 2 D de verb. obl. 45,1 von einem non facere, quod fieri ex stipulatu oportet [44]).

Nach heutigem Recht ist, wie schon erwähnt, der Anspruch und die Klage direkt auf contrahere, auf Abschluß des Hauptvertrages gerichtet. Meist wird wohl aus praktischen Gründen und Erwägungen nicht auf Abschluß des Hauptvertrages, sondern sofort auf das Interesse geklagt werden, denn wer beim Abschluß des Hauptvertrages seine Mitwirkung versagt, wird erst recht nicht aus dem Hauptvertrage leisten wollen, und dann müßte wiederum auf diese Leistung geklagt werden, es wären also zwei Prozesse zu führen. Da das Interesse am Vertragsschluß oft schwer nachzuweisen ist, werden die Parteien gut tun, eine Konventionalstrafe festzusetzen.

Die Leistung kann nicht verweigert werden, wenn andere Umstände eingetreten sind, bei deren Voraussicht der Vorvertrag nicht geschlossen worden wäre. Wenngleich die Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts jedes Rechtsgeschäft unter der clausula rebus sic stantibus abgeschlossen wissen wollten und es wegen „veränderter Umstände" anfechtbar machten, hat dieser günstige Standpunkt doch nur beim Darlehn Anerkennung gefunden und zwar in der Weise, daß der Darlehnsgeber die Erfüllung seiner Zusage von der Stellung hinreichender Sicherheit abhängig machen konnte, wenn sich die Vermögenslage des Darlehnssuchenden in der Zwischen-

---

44) Vergl. dazu Degenkolb, Arch. f. Civ. Pr. 71 S. 65 Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14 S. 410.

zeit in einer die Rückzahlung gefährdenden Weise verschlechtert hat. Noch weiter geht das B.G.B. in § 610:

„Wer die Hingabe eines Darlehns verspricht" (also nach herrschender Ansicht einen Darlehnsvorvertrag schließt), „kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird."

Bei den übrigen Vorverträgen dürfen wir ein Widerrufsrecht nicht annehmen, was aus der besonderen Hervorhebung desselben beim Darlehnsversprechen zu schließen ist.[45])

Ist der Vorvertrag ein gegenseitiger Vertrag, so gelten die allgemeinen Bestimmungen über Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen (B.G.B. § 320 Satz 1

45) Der rechtspolitische Gedanke des Gesetzes ist vielleicht der, daß gerade beim Darlehen der Gläubiger ein großes Risiko übernimmt, weil die Darlehenssumme sofort mit der Auszahlung in das Eigentum des Schuldners übergeht und infolge dessen ein Aussonderungsrecht, wie z. B. bei der Leihe, Pfand, Verwahrung nicht besteht; sonst wäre der Zweck der Bestimmung des § 610 nicht einzusehen, denn jeder, der für die Zukunft eine Verfügung trifft, muß damit rechnen, daß die Verhältnisse nicht so bleiben, wie sie jetzt bestehen; doch nützt es ihm nichts, wenn er späterhin seinen Entschluß bereut. Warum soll ferner der, welcher verspricht, besser gestellt sein, als der schon gegeben hat; auch dieser hat doch unzweifelhaft nur mit Rücksicht auf die zur Zeit der Hingabe bestehende Vermögenslage gegeben. Vergl. Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14 S. 427, 428. Der Gläubiger kann nur widerrufen bei Verschlechterung der Verhältnisse des Schuldners, nicht seiner eignen; die clausula rebus sic stantibus findet nur teilweise Anerkennung; so könnte, wie Stintzing, Vorverpflichtung S. 3 anführt, der Gläubiger in die Lage kommen, Haus und Hof versilbern zu müssen, um dem nicht einmal bedürftigen Schuldner das versprochene Darlehen zu verschaffen, wenn nicht gerade das Bestehen des Schuldners auf dem Vertrage wider Treu und Glauben ist, oder aus Chikane geschieht. S. auch Oertmann Komm. S. 586, 2 a. Vergl. dazu auch die Bestimmungen des Oesterr. allg. B.G.B. § 936 Satz 1 letzter Teil auf Seite 27 Anm. 40.

und B.G.B. § 321). Erstere Bestimmung wird eine praktische Bedeutung wohl nur erhalten bei der Frage des Verzuges, letztere bei Realverträgen.

Bestanden die schlechten Verhältnisse schon beim Abschlusse des Vorvertrages, waren aber der anderen Partei unbekannt, so ist der Vorvertrag wegen Irrtum anfechtbar aus B.G.B. § 119, Abs. 2.

Soll der Anspruch aus dem Vorvertrage, da auch hierüber nichts bestimmt ist, der gewöhnlichen Verjährungsfrist unterliegen, oder sollen die Fristen nach denen des Hauptvertrages sich richten? Wir müssen die letztere Frist annehmen, sonst könnte ja vermittels des Vorvertrages die vorzeitige Verjährung der Ansprüche aus dem Hauptvertrag bequem und leicht umgangen werden, der rechtspolitische Zweck, den sie verfolgt, wäre vereitelt.[46])

Auch die Vererblichkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrage werden wir nach dem Hauptvertrag zu beurteilen haben. Goeppert sieht eine Eigentümlichkeit der Vorverträge darin, daß sie nicht cediert und vererbt werden können, da gerade beim Abschluß des Vorvertrages die Personen wesentlich, seien; habe sich aber der Anspruch in eine Interessenforderung umgesetzt, so sei diese Forderung cedierbar und vererblich.[47]) In dieser Allgemeinheit kann die Berechtigung des Satzes nicht zugegeben werden. Es ist Rechtsgrundsatz, daß alle Rechte vererblich sind, es sei denn, daß sie kraft ihres Inhalts an eine bestimmte Person geknüpft

46) Regelsberger, Civilr. Erört. I § 25, S. 133 ist für eine kurze Verjährungsfrist; Endemann, Hdb. d. d. H. R. II § 243 S. 420 nimmt gemeinrechtlich die gewöhnliche Verjährung an; Degenkolb und Goeppert schweigen, ebenso B.G.B. Das Oesterr. allg. b. G.B. läßt in § 936 (letzter Satz) den Anspruch aus dem Vorvertrage in einem Jahre erlöschen; es heißt dort: „. . . . Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden, widrigenfalls ist das Recht erloschen."

47) Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14 S. 424 ff.

sind und deshalb mit derselben untergehen. Der Erbe ist Fortsetzung der Persönlichkeit des Erblassers, der Erbe ist berechtigt und verpflichtet, als ob er der Erblasser selbst wäre. So sagen:

L. 62 D. de div. reg. iur. ant. 50, 17.

Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit.

L. 34 D. de adqu. rer. dom. 41, 1.

Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet . . .

Ferner B.G.B. § 1922 Abs. 1:

„Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über."

Zum gleichen Grundsatz bekennen sich ja auch die deutschen Rechtssprüchwörter: „Sterben macht Erben"; „der Tote erbt den Lebendigen".

Ebenso sind grundsätzlich alle Ansprüche abtretbar, es sei denn, daß die Leistung an einen anderen, als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Aenderung ihres Inhalts erfolgen kann, nach B.G.B. § 399. Warum soll der Anspruch aus dem Vorvertrag zum Kauf nicht abtretbar sein; der Vorvertrag wird doch nicht geschlossen, um gerade mit der Gegenpartei zu kontrahieren, sondern um einen Vertrag zu schließen, auf Grund dessen die Kaufsache, bezw. der Kaufpreis verlangt werden kann; andere Fälle gibt es, wo die Person beim Vorvertrag wesentlich, beim Hauptvertrag aber nicht wesentlich ist. Wir müssen es daher regelmäßig Sache der Auslegung sein lassen, ob die Parteien beim Abschluß des Hauptvertrages Gewicht auf die Person zu legen pflegen, ob ferner ein Wechsel des Berechtigten nach Treu und Glauben der anderen Partei zugemutet werden kann. Außerdem können die Parteien durch Vereinbarung die Abtretung ausschließen nach B.G.B. § 399.

Unübertragbar ist vor allem der Anspruch aus einem pactum de donando[48]); hier steht es außer allem Zweifel daß nur dem ursprünglichen Gläubiger der Abschluß des Hauptvertrages zugesichert werden sollte; für den Schenker ist die Person des zu Beschenkenden wesentlich, er wird dem A. gerne, unter keinen Umständen aber dem B. ein Geschenk machen wollen, und es erscheint daher unstatthaft, ihm eine andere Person als Schenkungsnehmer aufzudrängen. Ebenso ist bei dem pactum de commodando die Person des Gläubigers wesentlich, der Verleiher darf nicht gezwungen werden, ein Buch z. B., das er dem peinlich gewissenhaften A. versprochen, dem Cessionar B., der seine Sachen verkommen läßt, zu überlassen. Für das pactum de mutuo dando genügt der Hinweis auf B.G.B. § 610; auch der Anspruch aus dem pactum de mutuo accipiendo ist nicht abtretbar; die Person des künftigen Gläubigers kann dem Darlehnsempfänger nicht gleichgültig sein, schon allein der großen wirtschaftlichen Abhängigkeit wegen, in welche er ihm gegenüber gerät. Der Vermieter pflegt, wenigstens in der Regel, Gewicht auf die Person des Mieters zu legen; es ist ihm meist nicht nur darum zu tun, daß er seine Wohnung vermietet hat; sondern vor allem daß er in seinem Mieter einen pünktlichen Zahler hat, auch seine soziale oder gesellschaftliche Stellung ist ihm nicht gleichgültig; er vermietet z. B. nur an „bessere Familien". Wir werden somit den Anspruch aus dem Vorvertrag zur Miete nur insoweit

---

48) Es erscheint juristisch unrichtig von einem Vorvertrag zur Schenkung zu sprechen; der Vorvertrag zur Schenkung wird abgeschlossen donandi causa, er ist also Schenkung; der Hauptvertrag dagegen verliert diese der Schenkung wesentliche causa, sein Abschluß erfolgt solvendi causa, er ist nicht mehr Schenkung, sondern Zahlung, denn ohne causa donandi keine Schenkung; es kann demnach keine Pflicht zur Schenkung und infolgedessen auch keinen Vorvertrag zur Schenkung geben.

abtretbar sein lassen, als nach B.G.B. § 549 die Untermiete gestattet ist.[49])

49) Vergl. dazu Crome, Syst. d. d. b. R. II S. 168 Anm. 24 S 325 Anm. 12, S. 598; Dernburg, b. R. II, 1 S. 311, 3; Endemann, Hdb. d. d. H. R. II § 243 S. 420; Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14 S. 424 ff; Oertmann, Komm. z. B.G.B. S. 268 a β; Staudinger, Komm. z. B.G.B. I S. 422, 2. Abs.; Thöl, H. R. I § 246 S. 782; Adler, Jhrb. f. Dogm. 31, S. 264, 265 unterscheidet allgemein zwischen Vorverträgen zu Einleistungsverträgen, die cedierbar und Vorverträgen zu Zweileistungsverträgen, die nicht cedierbar seien. Wo jedoch ein Interesse an der Cedierbarkeit bestehe, könne dies durch Einräumung von Subrechten befriedigt werden, falls es gleichgültig sei, wer ausübe, nicht aber wer empfange. Dernburg; b. R. II, 1 S. 311 Anm. 11; Kohler, Arch. f. bürg. R. II S. 235, Blanck, Komm. II S. 273, 1 lassen den Anspruch auf Auszahlung der Darlehnsvaluta abtretbar sein; dagegen mit Recht Oertmann a. a. O. γ, wo ausgeführt wird (unter Verweisung auf Seuffert 19, Nr. 35), daß die Zusage eines Darlehns nicht das Recht gibt den Geldbetrag, abgelöst von seiner Eigenschaft als Leistung credendi causa zu empfangen; ein nacktes Recht auf Summenzahlung könne also, weil nicht bestehend, nicht übertragen werden, sondern nur gemeinsam mit dem Recht auf Empfang des Geldes als Darlehn; dieses aber sei wegen seiner Zweckbestimmung unübertragbar.

II. Das Bestehen des Vorvertrages.

a. Der Vorvertrag bei Realverträgen.

§ 7.

Die Realverträge im heutigen Recht.

Im ersten Teile dieser Abhandlung wurde versucht, die herrschende Lehre vom Vorvertrag in Kürze darzustellen; nunmehr haben wir die Frage zu beantworten: gibt es einen Vorvertrag, besteht er in Wirklichkeit, oder ist er bloßes Phantasiegebilde, sodaß, um mit Schloßmann[50]) zu reden, noch niemand ein lebendes Exemplar gesehen hat.

Es hat nicht an Angriffen gegen den Vorvertrag gefehlt, doch richteten sich dieselben weniger gegen sein Bestehen im allgemeinen, das wird als unbestritten vorausgesetzt, als gegen den Vorvertrag bei einzelnen Arten von Verträgen. Alle diese Angriffe haben die herrschende Lehre nicht erschüttern können.

Die eigentliche Domäne des Vorvertrages, gegen die bis in die neueste Zeit die wenigsten Angriffe sich richteten, sein ureigenstes Gebiet, von dem die ganze Lehre ihren Ausgang genommen zu haben scheint, sind die Realverträge. So soll denn auch bei der nachstehenden Darstellung von ihnen ausgegangen werden.

Das römische Recht gab, wie schon erwähnt, nicht jedem Vertrag im heutigen Sinne eine Klage, sondern nur den mit einer causa civilis ausgestatteten, die dann contractus im Gegensatze zum pactum hießen; es gab vier causae civiles:

50) Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. 45, S. 3.

res, verba, litterae, consensus, letzterer nur in bestimmten Ausnahmefällen. Bei ihnen mußte zu der Willenseinigung, dem pactum, entweder feierliche Wortform, oder bestimmte Schriftform, oder aber die res, die Leistung hinzukommen, nur in bestimmten Fällen genügte der bloße Konsens, erst dann war der Vertrag klagbar, erst dann war er Kontrakt.

Seit der Reception, die ja jede formlose Abrede klagbar machte, besteht nur die eine Streitfrage, ob jeder Vertrag heute den Charakter des römischen Konsensualkontraktes habe, oder ob auch heute noch die Einteilung in Real- und Konsensualverträge in Geltung sei. Wer die res als Formerfordernis auffaßt, muß das Bestehen der Realverträge für unser Recht leugnen; wer aber die Bedeutung der res und damit den Charakter der Realverträge in anderer Weise bestimmt, der kann auch für das heutige Recht den Realvertrag, wenn auch in beschränkterem Maße, wie das römische Recht, anerkennen.

Einige wollen unterscheiden zwischen benannten und unbenannten Realkontrakten, ersteren legen sie auch heute noch Realkontraktraktsnatur bei, letzteren nicht.

Andere wollen zwar auch die benannten Realkontrakte weiterhin als solche auffassen, machen aber bei den unbenannten wieder einen Unterschied; es sollen solche, die auf Rückleistung gehen, Realverträge, die auf Gegenleistung gehen, Konsensualverträge sein.

Eine dritte Ansicht will zwar die Innominatrealkontrakte heute Konsensualkontrakte sein lassen, dagegen aber auch einige der benannten Realkontrakte, sei es daß sie dies aus dem Wortlaut des Gesetzes, des B.G.B. argumentiert, oder aus der Veränderung des Wesens dieser Verträge im modernen Rechts- und Wirtschaftsleben.

Eine letzte, radikale Ansicht will alle Verträge als Konsensualverträge ansehen[51]); ihr gegenüber macht sich dann

51) So Thöl, H. R. I S. 781.

wieder die Tendenz geltend, den Begriff des Realvertrages beliebig auszudehnen und unter Umständen auch Konsensualverträge als Realverträge anzusehen. Letztere Ansicht fällt im Grunde mit der ersteren zusammen, denn ist der Begriff des Realvertrages so elastisch, daß er beliebig ausgedehnt und eingeschränkt werden kann, so ist die res nicht notwendiges Erfordernis des Abschlusses des Vertrages, sondern Form, gerade so wie Wort und Schrift. Es handelt sich bei dieser Auffassung um eine Begriffsverwechslung. Ein Konsensualvertrag, der im konkreten Falle durch Vollzugshandlung, also realiter geschlossen wird, verliert damit nicht seine konsensuale Natur, wird damit nicht Realvertrag.

Auf jeden Fall sind die römischen Innominatrealkontrakte, wenn nicht schon früher, nach B.G.B. Konsensualkontrakte geworden, — lediglich die Enge des römischen Civilrechts, das nur ausnahmsweise den Konsens klagbar machte, zwang sie die Form des Realvertrags anzunehmen — so vor allem der Tausch. B.G.B. sagt in § 515:

„Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung."

Demnach hat z. B. jede Partei die Verpflichtungen des Verkäufers und die Pflichten des Käufers bezüglich Abnahme der gegnerischen Leistung; das kann aber nur der Fall sein, wenn der Tausch ein gegenseitiger Vertrag ist, wenn die Hingabe solvendi, nicht contrahendi causa geschieht, d. h. wenn die Hingabe nicht obligationsbegründendes, sondern erfüllendes Moment ist, wenn der Tausch Konsensualkontrakt ist, wie der Kauf.[52])

Einen Unterschied zu machen zwischen unbenannten Realkontrakten, die auf Gegenleistung gehen und solchen, die auf Rückgabe gerichtet sind, ist unrichtig. Die unbenannten Realkontrakte gehen alle auf Gegenleistung „do ut des, do ut

52) Dagegen Krückmann, Inst. S. 173.

facias, facio ut des, facio ut facias".[53]) Als Beispiele für obige Gruppe führt Baron[54]) an, ein Kaufmann gibt seine Waren zum Besehen, ein Pferdehändler sein Pferd zum Probieren; hier liegt Kauf auf Probe, auf Besicht vor, also nach B.G.B. bedingter Kauf, die Sachen werden nicht gegeben, um sie zurückzufordern, sondern um sie zu verkaufen, mit der Billigung der anderen Partei ist der Kauf geschlossen; sollte ein Kauf von vornherein ausgeschlossen sein, dann kann Leihe mit festgesetzter Gebrauchsbestimmung vorliegen, also ein benannter Realkontrakt. Hervorgerufen zu sein scheint diese Ansicht durch den Umstand, daß in den angeführten Fällen praescriptis verbis geklagt wurde, was gleichfalls bei den Innominalrealkontrakten geschah. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß die actio praescriptis verbis überall als Ergänzung des Systems der Kontraktklagen Anwendung fand, wenn die vorhandenen Klageformulare nicht ausreichten. War das Dasein einer Verpflichtung zweifellos, die juristische Natur des zu Grunde liegenden Tatbestandes aber zweifelhaft (z. B. ob Sachmiete oder Werkmiete, commodatum oder depositum), dann mußte praescriptis verbis geklagt werden. Von der Anwendung dieser Klage bei Innominatrealkontrakten den Schluß zu ziehen, daß alle Verhältnisse, bei denen sie angewandt werden mußte, realer Natur seien, ist verfehlt.[55])

Wir kommen nunmehr zu den vier benannten Realkontrakten, die von der herrschenden Lehre auch heute noch als solche Anerkennung finden. Die Frage, warum die Verträge erst mit der res, der Sachleistung, zustande kommen, ist recht verschiedenartig beantwortet worden.

Die einen führen die Gebundenheit des consensus an die res auf positive Gesetzesvorschrift, die anderen auf Naturnotwendigkeit zurück; erstere können demzufolge Realverträge

53) L. 5 pr. D. de praerer. verb. 19, 5.

54) Baron, Pand. S. 366.

55) Siehe dazu Sohm, Inst. S. 376, ebenda Anm. 6.

nur insoweit anerkennen, als das objektive Recht sie ausdrücklich anerkennt, letztere nur insoweit, als die Naturnotwendigkeit reicht.

Die Vertreter der letzteren Ansicht übersehen, daß eine Naturnotwendigkeit für das Recht nur insoweit in Betracht kommt, als es sich derselben unterwirft, mithin Verträge, auch wenn bei ihnen ohne Leistung naturnotwendig eine Verpflichtung nicht entstehen kann, erst dann als Realverträge anzusehen sind, wenn sie vom objektiven Recht mit dieser Eigenschaft ausgestattet, wenn sie als solche ausdrücklich bestätigt sind.

Wir haben innerhalb dieser Theorie zwei Gruppen zu unterscheiden.

Die erste Gruppe, zu welcher Brinz, Kohler, Windscheid gehören, sieht in dem Realkontrakt eine untrennbare Verbindung des dinglichen und des obligatorischen Vertrages. „Die Kontrakte sind bald einfach, bald zusammengesetzt, bald nämlich nichts als obligatorische Geschäfte, ... bald dagegen obligatorische und dingliche Geschäfte, indem man aus einem Geschäfte nicht nur obligiert, sondern zugleich Eigentümer, oder sonstwie dinglich berechtigt, oder doch Besitzer, Detentor, Empfänger irgend einer Leistung wird — genannte und ungenannte Realkontrakte.“ [56]) Der Begriff des Realvertrages ist also so zu denken: „Der Gläubiger leistet unter Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist und damit die Auflage der Verpflichtung an.“ [57]) Der Unterschied zwischen Real- und Konsensualvertrag liegt nach dieser Ansicht nicht in der Art des Vertrages, sondern in der Art der Vertragsschließung. Es ist entscheidend der zufällige Beginn der Gebundenheit; die notwendige Konsequenz ist, daß jeder Vertrag, der mit der Leistung beginnt, Realvertrag, jeder andere

56) Brinz, Pand. II S. 133, 134.

57) Windscheid, Pand. II S. 279 Anm. 4.

Konsensualvertrag wird. Diese Konsequenz ziehen Brinz und Kohler[58]); Brinz, indem er sagt: „Wo nun aber einmal mit der Leistung begonnen wird, werden mit dem unbenannten Realkontrakte auch dessen Eigenschaften beizubehalten sein"; Kohler durch Bezeichnung des Bar- oder Handkaufs als Realvertrag.

Ein und dasselbe Geschäft würde also bald als Konsensualvertrag, bald als Realvertrag auftreten und müßte demnach mit verschiedenen juristischen Wirkungen behandelt werden: oder aber es fehlt jeder Einfluß der Realkontraktsnatur auf das Wesen des Vertrages; es gibt nur eine Art von Verträgen, die je nach dem Gewande, in dem sie auftreten, bald Real-, bald Konsensualverträge genannt werden, der Unterschied wäre also ein rein terminologischer.

Es liegt eine Verwechslung vor zwischen dem faktischen und dem juristischen Anfang der Obligation; faktisch erscheint durch das Zusammenfallen von Errichtung und Erfüllung nur ein Akt; juristisch aber und logisch sind zwei Akte vorhanden. Es kommt nicht darauf an, ob diese beiden Akte einmal zufällig zusammenfallen, sondern ob sie zusammenfallen müssen. Ein Vertrag ändert sein Wesen nicht, er bleibt sich selbst gleich, auch wenn er einmal durch Erfüllungshandlung abgeschlossen wird; das zeigt uns das römische Recht, so sagt

L. 5 § 1 D. de praescr. verb. 19, 5.

Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est. . . .

L. 5 § 2 eod.

At cum do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit.

L. 22 eod.

Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati

58) Brinz, Pand. II S. 139; Kohler, Arch. f. bürg. R. II S. 212.

est obligatio; si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. . . .

Die zweite Gruppe, zu der Demelius und Unger gehören,[59]), sieht das Wesen der Realkontrakte in der Beschaffenheit der durch sie begründeten Obligation, der Verpflichtung zur Rückgabe der empfangenen res. „Aus inneren Gründen stützt sich die obligatio ex contructu auf die res..., wenn sich ohne das Genommenhaben eine Verpflichtung gar nicht denken läßt, wenn also aus materiellen Ursachen, welche zu allen Zeiten und an allen Orten wiederkehren, dari aliquid necesse est, ut substantiam habeat obligatio [60]).

Diese Ansicht basiert auf folgenden Sätzen: Die Rückleistung setzt die Leistung begrifflich voraus, eine Verpflichtung zur Rückleistung kann demnach vor der Leistung nicht entstehen; es ist infolge dessen Naturnotwendigkeit, daß die Realverträge, als Verträge auf Rückleistung an die res gebunden sind.

Die Rückgabe setzt Hingabe voraus, die Verpflichtung zur Rückgabe aber kann schon vor der Hingabe übernommen werden; diese Pflicht ist allerdings eine bedingte, sie hat zur notwendigen Voraussetzung die Hingabe; daraus folgt aber nicht, daß man sich vor der Hingabe zur Rückleistung nicht verpflichten kann — allerdings nicht zu einer Rückgabe, die vor der Hingabe stattzufinden hat —; die Rückleistungspflicht kann also schon vor der Hingabe bestehen. „Es begegnet hier immer wieder die Verwechslung der Pflicht früher zu leisten, als ein bestimmter Umstand eintritt, mit der früher als ein bestimmter Umstand eintretenden Pflicht zur Leistung; erstere ist oft unmöglich, letztere stets möglich. [61])

Aus dem angeführten „inneren Grunde" läßt Unger dann die obligatio auf die res sich stützen, wenn „das ganze

59) Demelius, Jhrb. f. Dogm. 3 S. 399 ff.; Unger, Jhrb. f. Dogm. 8 S. 1 ff.

60) Unger, Jhrb. f. Dogm. 8 S. 9.

61) Adler, Jhrb. f. Dogm. 31 S. 194 a. E.

Geschäft, das Geben und Nehmen contrahendi animo lediglich den Vorteil des Empfängers bezweckt. Hier ist die obligatio eine Folge des Nehmens. . . . Da in den angeführten Fällen res initium obligationi praebet, so sind die in diese Kategorie gehörenden Verträge auch heutzutage Realverträge und findet bei ihnen das Geben und Nehmen stets contrahendi animo statt.[62]) Dagegen soll überall da ein Konsensualvertrag angenommen werden, wo „das ganze Geschäft ausschließlich zum Vorteil des Gebers dient, oder doch den gemeinsamen Vorteil beider Kontrahenten bezweckt.[63]) Realverträge wären demnach Leihe, unverzinsliches Darlehn, Pfandvertrag; Konsensualverträge: Depositum und verzinsliches Darlehn.

Mit Naturnotwendigkeit müssen Leihe und Pfandvertrag Konsensualverträge werden, wenn sie zufällig auch einmal dem Vorteil des Gebers dienen und zwar muß diese Wesensänderung „zu allen Zeiten und an allen Orten", d. h. in jedem Rechte erfolgen; nun zeigt uns aber das römische Recht und gerade die Stelle, an die Unger in seinen oben erwähnten Ausführungen gedacht haben mag, daß dies nicht der Fall ist; es heißt nämlich in L. 5 § 3 D. comm. 13, 6 Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur. Das Kommodat bleibt Realkontrakt, ändert also sein Wesen nicht, auch wenn es einmal dem Vorteil des Gebers dient; es dient nicht lediglich, wie Unger meint, sondern plerumque, in der Regel dem alleinigen Vorteil des Nehmers.

Diese Tatsache allein macht die ganze Theorie — auch abgesehen davon, daß sie sich auf einem Satze aufbaut, der begrifflich und rechtlich falsch ist — hinfällig; ist es Naturnotwendigkeit, daß die Realverträge ihr Wesen ändern, d. h. Konsensualverträge werden, wenn sie nicht lediglich dem Vor-

62) Unger, Jhrb. f. Dogm. 8 S. 9, 11.
63) Unger, Jhrb. f. Dogm. 8 S. 13.

teil des Nehmers dienen, so muß dies auch im römischen Recht der Fall sein, daß es nicht so ist, zeigt die oben angeführte Stelle.

Führen wir das Bestehen der Realverträge, die Gebundenheit des consensus an die res, für das römische, ebenso wie für das heutige Recht auf positive Vorschrift zurück, so kann die res entweder formelle oder materielle Bedeutung haben, sie kann Form- (Gültigkeits-) oder Qualitätserfordernis sein.

Wer die res als Formerfordernis auffaßt, muß, wie schon bei Besprechung der Innominatrealkontrakte hervorgehoben wurde, die Realkontrakte für unser Recht leugnen, für das römische aber ebenso bestimmt bejahen. Dies tun denn auch die Vertreter dieser Ansicht; so sagt Koeppen: „Durch die Hingabe der Fungibilien vollendet sich nicht mehr der Darlehnsvertrag, sondern nur die Darlehnsobligation. Die Tradition ist aus einem Stück vom Tatbestande des Rechtsgeschäfts, ein Stück vom Tatbestande des Rechtsverhältnisses geworden.“ [64])

Von diesem Standpunkte aus gibt es für das heutige Recht nur Konsensualverträge.

Für das römische Recht ist dieser Theorie eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen; denn das pactum konnte dort nicht Grundlage des Geschäftes sein, die formlose Abrede war nicht klagbar, sie mußte sich an eine Form anlehnen, so konnte also recht wohl die res die Stütze für die sonst halt- und kraftlose Parteivereinbarung sein. Der Einwand Schloßmanns ist nicht durchschlagend, die res könne auch im römischen Recht nicht Form sein wegen der mannigfachen Wirkungen, die sie bei den einzelnen Realverträgen hervorbringe. [65]) Diese Wirkungen (Uebergang des Eigentums beim mutuum, des juristischen Besitzes beim pignus, Detention bei

64) Koeppen, Jhrb. f. Dogm. 11 S. 352.
65) Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45 S. 44.

commodatum und depositum) sind nicht die Folge der res, als solcher, der bloßen, nackten Uebergabe; sondern der Uebergabe, verbunden mit einer Parteiabrede, die recht wohl erst durch die Uebergabe in bestimmter, unzweideutiger, präziser Form geäußert werden kann. Aus der Gleichartigkeit der Form folgt nicht Gleichartigkeit der Wirkung.

Dagegen spricht ein anderer, gleichfalls von Schloßmann angeführter Umstand gegen die Auffassung der res als Form, besser gesagt, gegen die Ansicht, daß sie nur und ausschließlich Form sei. Zum mutuum gehört nicht Uebertragung der Geldstücke; die Valuta kann auch indirekt verschafft werden, eine körperliche Hingabe ist nicht erforderlich, so kann der Darlehnsgeber dem Schuldner eine Sache übergeben, damit er sie verkaufe und den Erlös als Darlehn behalte. [66])

Die res muß somit materielle Bedeutung haben, sie ist Qualitätserfordernis des Realvertrags, sie gehört notwendig zu seinem Tatbestand, sodaß der Vertrag erst mit der Realleistung zustande gekommen ist, daß er ohne dieselbe nicht bestehen kann; erst mit der res entstehen Rechte und Verpflichtungen aus dem Vertrage, erst mit der res kommt die Parteiabrede zur Geltung.

Die vier benannten Realkontrakte sind Verträge, bei denen eine Sache zu vorübergehendem Haben hingegeben wird, die alsdann, normaler Weise, nach Erreichung des durch die Hingabe, bezw. Annahme verfolgten Zweckes zurückgegeben werden soll. Man kann sie somit recht gut als Verträge auf Rückleistung oder Rückgabe bezeichnen. [67])

66) L. 11 pr. D. de reb. cred. 12, 1; dazu auch L. 15 cod.; L. 8 C. si cert. pet. 4, 2.

67) Diese in neuerer Zeit häufig angewandte Bezeichnung birgt die Gefahr in sich, in der Rückgabe den einzigen und alleinigen Zweck der Hingabe zu sehen; so sagt z. B. Demelius (Jahrb. f. Dogm. 3 S. 406): „Der Hinterlegungsvertrag verpflichtet einzig und allein den Depositar zur Rückgabe; die Aufbewahrung ist nur inso-

Die Geschäfte finden ihren Kern in der Hin- und Rückgabe, der Sachleistung, der res; auf ihr liegt der Hauptaccent in dem Sinne, daß die Verträge im wesentlichen in der Hin- und Rückgabe aufgehen, daß diese Verpflichtungen im Vordergrunde stehen und alle anderen Verpflichtungen des Gebers und Nehmers als Nebenverpflichtungen, als sekundäre Verpflichtungen erscheinen; so entstehen z. B. für

---

fern geschuldet, als sie dazu gehört, daß die Sache seiner Zeit unversehrt zurückgegeben werden kann. Nur weil er zurückgeben muß und in Bezug auf die Rückgabe dolus und culpa lata prästieren, muß der Depositar aufbewahren." Es liegt hier ein vollkommenes Verkennen des juristischen Zweckes der Verträge auf Rückgabe vor. Nicht die Rückgabe ist der Zweck der Verträge; dann wäre es besser und vernünftiger, die Sache sofort zu behalten. Die Hingabe erfolgt bei allen Realverträgen zum Zwecke des vorübergehenden Habens, aus diesem Zwecke folgt die Verpflichtung zur Rückgabe. Die Hingabe beim depositum geschieht zum Zwecke der Verwahrung, weil er nur verwahren, nicht behalten soll, muß der Verwahrer zurückgeben und weil er die Sache zur Verwahrung, nicht zu Eigentum erhalten, muß er dieselbe Sache, nicht etwa ein gleichartiges oder gleichwertiges Stück herausgeben und deshalb muß er die Sache sorgfältig behandeln, da aber die Verwahrung eine unentgeltliche ist, haftet er nur für dolus und culpa lata. Nicht die Verpflichtung zur Rückgabe ist der Rechtsgrund für die Aufbewahrung, sondern umgekehrt die Verwahrung ist der Rechtsgrund für die Zurückgabe; der Deponent rechtfertigt sein Zurückforderungsrecht mit der Hingabe zur Aufbewahrung. Aehnlich ist es bei der Leihe; die Leihsache wird hingegeben zu unentgeltlichem Gebrauch; weil der Entleiher nur den Gebrauch, nicht das Eigentum erhält, muß er dieselbe Sache, die er empfangen, zurückgeben und sie daher sorgfältig behandeln und weil die Gebrauchsüberlassung eine unentgeltliche ist, muß er die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung (Fütterung des Tieres, gewöhnliche Ausbesserungskosten der Wohnung; anders bei der entgeltlichen Miete) tragen. Die Rückgabepflicht entsteht hier, wie überall aus dem juristischen Zweck des Geschäftes, letzterer ist der Rechtsgrund für erstere; weil Demelius beide nicht logisch auseinander hält, verfällt er in den geschilderten Irrtum. Es wird demnach besser sein, die alte Bezeichnung beizubehalten, zumal die Rückgabepflicht keine alleinige Eigenschaft der Realverträge ist (Miete, Pacht).

den Geber, außer der Hingabe Pflichten nur insoweit, als er den Zweck des Gebens nicht vereiteln darf, es sind also nur sekundäre Unterlassungspflichten.

Alle diese Pflichten, so vor allem die Rückleistungspflicht, treten erst in Aktivität, werden also aktuell mit der res, der Sachleistung, der Hingabe während bei den Konsensualverträgen weitere Verpflichtungen entstehen, „die nicht erst eine Folge der Hingabe sein können, schon deshalb nicht, weil sie möglicherweise — s. d. Fall § 552 — auch ohne vorgängige Ueberlassung in Aktivität treten.“ [68])

Eben weil die Sachleistung, wie wir gesehen, im Vordergrunde der Realverträge steht, weil sie ihren Kern bildet, weil sozusagen alle Verpflichtungen um die res sich kristallisieren, erst mit der res aktuell werden, weil die Verträge im wesentlichen sich auf die res (Hin- und Rückgabe) beschränken, läßt das objektive Recht sie erst mit der res, der Vorleistung der einen Partei geschlossen sein; läßt es die res vertragsbegründendes Moment sein, bezieht es sie zum Tatbestand der Verträge.

Nehmen wir als Beispiel die Leihe. Der Leihvertrag als Realvertrag kommt zustande durch Hingabe einer Sache zu unentgeltlichem Gebrauch; daraus folgt 1. die Berechtigung des Entleihers, die Sache zu gebrauchen, woraus die Verpflichtung des Verleihers erwächst, den Gebrauch nicht zu stören; 2. die Verpflichtung des Entleihers nach erfolgtem Gebrauch die Sache zurückzugeben; außerdem hat der Entleiher die Sache sorgfältig zu behandeln und die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung zu tragen (cfr. Anm. 67 S. 48); alle diese Pflichten werden entweder erst mit der Hingabe aktuell (Rückgabepflicht), oder entstehen erst durch dieselbe; also auch, wenn die Leihe Konsensualvertrag wäre, würde es nicht anders sein.

---

68) Oertmann, Komm. z. B.G.B. S. 569, 2.

Tritt dagegen die res in den Hintergrund, bildet sie nicht mehr den Kern unserer Verträge, beschränken sich dieselben im wesentlichen nicht mehr auf Hin- und Rückgabe, erhalten sie einen reicheren Inhalt, so wird ihre Auffassung als Realkontrakt zu eng, alles drängt darauf hin, den Schwerpunkt in den Konsens zu legen, sie werden gegenseitige Verträge und als solche Konsensualkontrakte. Dies tritt ein, wenn für die Gebrauchsüberlassung 2c. ein Entgelt entrichtet wird, also eine Gegenleistung, die nach Ansicht und Absicht der Parteien ein Aequivalent darstellt für die Gebrauchsüberlassung; wenn also das Geschäft nicht mehr dem Vorteil einer Partei — gleichviel, ob Geber oder Nehmer —, oder doch wenigstens so überwiegend dem Vorteil der einen Partei dient, daß sie als allein berechtigt erscheint, sondern wenn es „gleichzeitig den Vorteil beider Parteien bezweckt". In diesem Resultate stimmen wir mit der Ansicht Ungers überein.

Eine große Bedeutung hat unsere Frage beim verzinslichen Darlehn, auf das sich die Hauptangriffe richten. Ein gegenseitiger Vertrag wird es nur, wenn unsere obigen Voraussetzungen erfüllt sind. Nach Ansicht und Anschauung des Verkehrs ist dies nicht der Fall, der Verkehr faßt die Zinsen nicht als Entgelt auf, sondern als Vergütung für das Entbehren des Kapitalgenusses. Aber auch abgesehen davon ist die Stellung der Parteien beim Darlehn so abhängig von der augenblicklichen Lage des Geldmarktes, daß bald die eine, bald die andere so viele Vorteile für sich herausschlagen wird, daß das ganze Geschäft zu ihrem alleinigen Vorteil abgeschlossen erscheint. Bei der gegenwärtigen Lage wird es der Darlehnsgeber sein, der infolge des herrschenden Geldmangels den Darlehnssucher völlig in der Hand hat, nur gegen hohe Zinsen und gute Sicherheit ist ein Darlehn zu erhalten. Nimmt bei einem hoch verzinslichen Darlehn, zu dessen Sicherung noch eine Hypothek bestellt ist, der Gläubiger nicht eine so bevorzugte Stellung ein, daß wir ruhig

sagen können, er ist der allein Bevorteilte, er hat sein Geld gegen hohe Zinsen untergebracht, er hat gute Sicherheit, er lebt ohne Sorge, denn er ist für alle Fälle geschützt. Der Schuldner, der wohl gewöhnlich das Kapital unproduktiv wieder verausgabt, hat dagegen die Sorge wegen Aufbringung der Zinsen und endlich wegen Rückgabe des Kapitals, kommt er seinen Verpflichtungen nicht pünktlich nach, so hat er stets den Verlust seines Eigentums zu gewärtigen, aus dem der Gläubiger sich befriedigen wird. Bei einer Aenderung der wirtschaftlichen Lage wird der Schuldner möglichst viele Vorteile sich zu wahren suchen, auf die der Gläubiger eingehen muß, will er nicht, bei dem starken Geldangebot, sein Geld als totes Kapital zu Hause liegen haben.

Einer neuerdings von Schloßmann aufgestellten und auch von Stintzing [69]) vertretenen Ansicht soll kurz entgegengetreten werden.

Commodatum und depositum sollen deswegen Realverträge sein, weil sie Gefälligkeitsgeschäfte sind; die Bedeutung der res ist bei ihnen also so zu verstehen, daß das konsensuale Element vom Rechte nicht für zulänglich erachtet wird, allein eine Verpflichtung zu erzeugen; erst wenn ein der Zusage entsprechender Zustand hergestellt, beachtet die Rechtsordnung diese Geschäfte; dieselben Motive, welche die Schenkung außerhalb des Rechts gestellt haben, haben auch hier mitgewirkt. [70])

Die Schenkung ist nicht Realkontrakt, sondern Formalkontrakt, d. h. ein Konsensualkontrakt, der zu seiner Gültigkeit einer bestimmten Form bedarf; das Versprechen, das konsensuale Element wird vom Gesetze nicht für unzulänglich gehalten, eine Verpflichtung zu erzeugen, das widerspricht

69) Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45 S. 63 ff.; Stintzing, Vorverpflichtung, Vorwort V; S. 49.

70) Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45 S. 65.

seinem allgemeinen Prinzip, sondern das Gesetz hält sich wegen der zarten Beschaffenheit der Beziehungen zwischen Geschenknehmer und Geschenkgeber zurück; es greift erst ein, wenn der Wille einer Verpflichtung durch Beobachtung einer bestimmten Form unzweideutig und ernstlich erklärt ist, „weil jede vernünftige Rechtsordnung in der Regelung menschlicher Beziehungen sich selbst eine gewisse Zurückhaltung auferlegt und mit ihrer Zwangsgewalt vor solchen Verhältnissen Halt machen wird" . . . .[71])

Würde die Rechtsordnung also commodatum und depositum, als unwirtschaftliche Gefälligkeitsakte, der Schenkung gleich behandeln, so folgt daraus nur, daß hier, ebenso wie dort, der Konsens der Parteien erst mit der Beobachtung der für das Schenkungsversprechen bestimmten Form (B.G.B. § 518 Abs. 1), bezw. der Herstellung des entsprechenden Zustandes (B.G.B. § 518 Abs. 2) beachtet wird, nicht aber daß der Vertrag der res, als wesentlichen Tatbestandstückes bedarf, die res könnte demnach nur als Form des durch sie unzweideutig geäußerten Verpflichtungswillens aufgefaßt werden. Damit aber setzt sich Schloßmann in Widerspruch mit sich selbst; einerseits lehnt er, wie oben gesagt wurde, die Bedeutung der res als Form ab, andererseits spricht er ihr diese Eigenschaft wieder zu.

Wo in der Leihe, bezw. der Gebrauchsüberlassung, oder der Verwahrung eine Schenkung zu erblicken ist, wird der Konsens, das Versprechen der für das Schenkungsversprechen vorgeschriebenen Form von B.G.B. § 518 bedürfen; dies wird aber sehr selten und nicht allgemein der Fall sein.

Das B.G.B. hat im Anschluß an die herrschende Lehre, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch durch seine Formulierung die römischen Realkontrakte auch für unser Recht anerkannt; es sei nur hingewiesen auf §§ 607, 688; ja es hat den entgeltlichen Verwahrungsvertrag, den die Römer

71) Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45 S. 64.

als locatio conductio operis auffaßten, auch hierhin bezogen. Zwar ist der Wortlaut des Gesetzes manchmal zweideutig, aber es dürfen nicht einzelne Bestimmungen herausgenommen und nun aus ihnen, ohne Zusammenhang mit den übrigen, dasselbe Rechtsverhältnis betreffenden, Schlüsse gezogen werden.

Im allgemeinen sei nur folgendes erwähnt. Die Vorschriften des B.G.B. über Rechte und Pflichten beziehen sich nur auf das Verhältnis nach der Uebergabe, von einer Pflicht zur Uebergabe, oder Regelung der Rechtsbeziehungen vor derselben, wird nirgends gesprochen; das kann aber nur dann einen vernünftigen Sinn haben, wenn Rechte und Pflichten erst mit der Uebergabe, erst durch dieselbe entstehen, wenn diese Verträge Realverträge sind. Bei Konsensualverträgen entstehen ja Rechte und Pflichten sofort mit der Konsenserklärung, so vor allem die Pflicht zur Uebergabe, die auch überall eingehend geregelt ist.

Das gilt zunächst von der Leihe, nirgends finden wir eine Bestimmung über eine Pflicht zur Uebergabe, oder eine Regelung derselben, alle Bestimmungen passen nur auf das Verhältnis nach vollzogener Uebergabe.

Und auch das vielumstrittene „gestatten" in B.G.B. § 598 hat doch zunächst nur die Bedeutung, die das Wort im allgemeinen hat, also erlauben, zulassen, nicht verwehren, es drückt also eine rein passive Tätigkeit aus. Dann aber soll es scharf die Pflichten des Verleihers umgrenzen und sie in Gegensatz bringen zu denen des Vermieters. Der Verleiher muß den Gebrauch gestatten, der Vermieter den Gebrauch gewähren; d. h., wenn der Verleiher die Leihsache übergeben, also ihren Gebrauch gestattet hat, ist seine Verpflichtung erschöpft, er braucht nicht Gewähr zu leisten für den Gebrauch durch Unterhalten der Sache, er kann sie untergehen lassen; der Mieter dagegen kann vom Vermieter verlangen, daß dieser die Mietsache während der ganzen

Dauer des Mietverhältnisses in dem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande erhält, daß er aktiv tätig ist, für die Sache sorgt, ihren Gebrauch gewährleistet.

Das Darlehn ist gleichfalls nach der Fassung von B.G.B. § 607 als Realvertrag zu betrachten; es heißt dort: „Wer .... als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet .... zurückzuerstatten." Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß die Verpflichtung zur Rückgabe erst von der Hingabe, dem Empfangenhaben ab datiert, daß die Hingabe somit zum Tatbestande des Darlehnsvertrages gehört, daß dieser erst mit der Hingabe geschlossen ist.

Die Verwahrung ist nach der Fassung von B.G.B. § 688 auch für unser Recht Realvertrag geblieben.

> „Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren."

Auch hier wird zur Entstehung einer Verpflichtung die Uebergabe verlangt, sie ist also vertragsbegründendes Moment, mithin der Verwahrungsvertrag Realvertrag. Nach B.G.B. § 689 muß auch der entgeltliche Verwahrungsvertrag als Realkontrakt aufgefaßt werden; die Vergütung darf also nicht als gleichwertige Gegenleistung, als Äquivalent für die Aufbewahrung angesehen werden, sonst wird die Verwahrung gegenseitiger Vertrag (es findet alsdann Austausch der Leistung hier, Aufbewahrung, gegen die Leistung dort, Vergütung, statt) und als solcher Konsensualvertrag.

Der Pfandvertrag hat seine Regelung im dritten Buche des B.G.B. § 1205 ff. erfahren, hat uns also hier nicht weiter zu beschäftigen.

Auch die allgemeine Verkehrsauffassung erkennt die Realkontrakte für unser Recht als fortbestehend an.[72])

72) Vergl. zu obiger Darstellung Adler, Jhrb. f. Dogm. 31 S. 190 ff. bes. 202 ff.; Affolter, Arch. f. bürg. R. 26 S. 1 ff. bes. 3, 4; Demelius, Jhrb. f. Dogm. 3 S. 399 ff. bes. 408 ff.; Kohler,

Der Realvertrag entsteht durch Hingabe der res, d. h. der Vorleistung der einen Partei, erst mit dieser Vorleistung ist der Vertrag geschlossen, re contrahitur obligatio[73]); vorher entsteht keine Berechtigung und Verpflichtung, selbst nicht auf Hingabe der res; ja selbst wer die Annahme durch Stipulation versprochen hat, kann durch Verweigerung derselben der Verpflichtung aus dem Wege gehen, so sagt

L. 30 D. de reb. cred. 12, 1.

Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.

Nicht einmal der Versuch, das mißlungene Geben verpflichtet zur gültigen Hingabe. Wer falsches Geld zu Darlehn gibt, bringt damit keinen Darlehnsvertrag zustande; andererseits aber übernimmt er damit nicht die Verpflichtung nunmehr durch Hingabe echten Geldes den Darlehnsvertrag zum Abschluß zu bringen.

Hier zeigt sich das Unrichtige der oben erwähnten Ansicht, unter Umständen auch Konsensualverträge als Realverträge aufzufassen[74]); nehmen wir als Beispiel den sog. Hand- oder Barkauf, wäre dieser Realkontrakt, dann käme er, falls mit der Kaufsache das Eigentum nicht übertragen wird, gar nicht zu Stande; anders, wenn wir ihn, trotz des realen Abschlusses durch Erfüllungshandlung als Konsensualvertrag bestehen lassen; hier kommt der Kaufvertrag zu Stande, der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das Eigen-

---

Arch. f. bürg. R. 2 S. 211 ff. bes. 220 ff.; Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45 S. 1 ff. bes. 72 ff., 88, 91; Stintzing, Vorverpflichtung S. 63 ff.; Unger, Jhrb. für Dogm. 8 S. 1 ff. bes. 9 ff.; ferner die Kommentare zum B.G.B. von Oertmann S. 569, 2, 577, 2, 736, 1; Planck II S. 535, 541 III 3 a, 542, 699 II; Staudinger IIb S. 349, 2 a, 360, 2, 566, 2 a, die eingehend die verschiedenen Ansichten zur Darstellung bringen.

73) pr. J. quib. mod. re contr. obl. 3, 14.

74) Sie vertritt z. B. Kohler, Arch. f. b. R. 2 S. 211 ff. bes. 213

tum zu verschaffen und es entstehen Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer wegen dieses Mangels im Recht.

Die res, die Realleistung ist Klagefundament für alle Verpflichtungen aus dem Realvertrage.

Erst mit der res kommt die Konsenserklärung, die Verabredung, die conventio der Parteien zu ihrer vollen Geltung; erst jetzt entsteht die Verpflichtung der anderen Partei zur Rückgabe, die vorher auch nicht als bedingte bestand; erst jetzt die Verpflichtung der Zinszahlung. „Während sonst bei den übrigen Verträgen auf die Verpflichtung die Leistung folgt, folgt hier auf die tendentiöse Leistung die Verpflichtung des anderen.“ [75])

Die res ist das die Obligation erzeugende Moment, sie gehört daher nicht zum Inhalt des Vertrages.

Das durch den Realvertrag erzeugte Schuldverhältnis ist notwendig ein streng einseitiges, doch kann es auch als unvollkommen zweiseitiges [76]), nie aber als gegenseitiges bestehen. Verpflichtet ist nur der Empfänger und zwar infolge der „tendentiösen Leistung“, Geben zu vorübergehendem Haben, zur Rückleistung des Empfangenen. Verpflichtungen des Gebers entstehen nur insoweit, als er den Zweck des Gebens nicht vereiteln darf, es sind also nur sekundäre Unterlassungspflichten. [77])

---

75) Unger, Jhrb. f. Dogm. 8 S. 3.

76) So nach B.G.B. § 689 bei Aufbewahrung gegen Vergütung.

77) Affolter, Arch. f. b. R. 26 S. 1 will aus (unverzinslichem) Darlehn (und Leihe) nur eine einseitige Verpflichtung des Gebers entstehen lassen, den Empfänger im Genusse des Kapitals (der Sache) zu belassen, demnach sei die Rückgabepflicht eine sekundäre, keine primäre Verpflichtung; dagegen Oertmann, Komm. S. 578, 5 a, 579 wirtschaftlich möge das zutreffen, der rechtlichen Beurteilung, insbesondere dem B.G.B. entspreche es nicht.

§ 8.

Der Vorvertrag bei Realverträgen.

Der Realvertrag kann in zweifacher Weise zustandekommen, entweder wird die Sache ohne jede vorausgegangene Verabredung gegeben, wobei dann durch die Umstände bei der Hingabe ersichtlich wird, zu welchem Zwecke sie erfolgte (die Tendenz des Gebens), oder aber, und das wird der am häufigsten vorkommende, wir können ruhig sagen der Regelfall sein, es werden vorher Verhandlungen gepflogen, Vereinbarungen getroffen und auf Grund derselben die Sache hingegeben, sodaß wir hier zwei Tatbestandsmomente zu unterscheiden haben

1. einen Konsensualvertrag, in dem die Hingabe einer Sache gegen Rückgewähr versprochen wird, „dessen Erfüllung als ersten Schritt die Hingabe einer Sache zu vorübergehendem Haben erheischt", [78])

2. die Hingabe der Sache, mit der Verpflichtung, der Zusicherung der Rückgewähr.

Ein Darlehn kann somit auf folgende Weise zustandekommen:

1. A. gibt dem B. 100 mit den Worten: hier hast Du 100 als Darlehn;

2. A. verspricht dem B. 100 als Darlehn; A. gibt dem B. 100 mit den Worten: hier sind die 100.

Ebensogut kann dem Nehmen das Versprechen zu nehmen, oder das gegenseitige Versprechen zu geben und zu nehmen vorausgehen.

Diese Vereinbarung, auf Grund deren das Darlehn erfolgt, wird von der herrschenden Lehre als Vorvertrag aufgefaßt.

---

78) Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45 S. 90.

Ein Vorvertrag kann diese Vereinbarung nur sein, wenn sie zunächst ein Vertrag und zwar ein obligatorischer Vertrag ist, daß diese Voraussetzungen vorliegen, bedarf wohl kaum eines Beweises. Es stehen sich gegenüber die Willenserklärungen zweier Parteien in Form von Antrag und Annahme, sei es daß die Annahme unbedingt, sei es daß sie bedingt erfolgt, nach Bedürfnis ꝛc. Die Leistung ist das Hingeben, bezw. Annehmen einer Sache, der res (z. B. der Darlehnssumme).

Das zweite Erfordernis, damit ein Vertrag Vorvertrag sei, ist, daß die geschuldete Leistung in dem Abschlusse eines zweiten schuldrechtlichen, zwischen den am Vorvertrag beteiligten Parteien wirkenden, Vertrages besteht, dergestalt, daß durch den Abschluß dieses zweiten Vertrages der erste erfüllt wird. Die Abrede, das Versprechen, ein Darlehn zu geben, verpflichtet den Versprechenden zur Hingabe der versprochenen Summe, der res an den Versprechensempfänger; die Hingabe ist aber gleichzeitig der Abschluß des schuldrechtlichen Darlehnsvertrages, also der Abschluß eines zweiten obligatorischen, des Realvertrages, erst mit der res, durch die res kommt er ja zu Stande. Dieser zweite Vertrag erfüllt den ersten, denn das Geben ist die Erfüllung des Versprechens zu geben und begründet zugleich den Darlehnsvertrag, durch den der Empfänger zur Rückleistung in genere verpflichtet, der Darleiher demgemäß zur Rückforderung berechtigt ist; das Geben geschieht solvendi und contrahendi causa, es wirkt befreiend und schaffend, es befreit den Geber und verpflichtet den Nehmer. Das Verhältnis von Darlehnsversprechen zu Darlehnsvertrag ist also in der Tat das von Vorvertrag zu Hauptvertrag. Was vom Darlehn gilt, das hat auch für die übrigen Realverträge Geltung.

Den hier dargelegten Standpunkt vertritt auch B.G.B.; in § 610 setzt es das Bestehen des Vorvertrages bei Realverträgen stillschweigend voraus.

Schloßmann behauptet nun, daß mit der Anerkennung des Vorvertrags bei Realverträgen, diese notwendigerweise Konsensualverträge würden.[79] Nur dann ist diese Ansicht richtig, wenn die beiden Verträge — bleiben wir beim Darlehn — der Darlehnsvorvertrag und der Darlehnshauptvertrag kongruent, wenn sie inhaltlich gleich, wenn ihre Konventionen identisch sind.

Das Darlehnsversprechen, der Vorvertrag, enthält das Versprechen des Gläubigers, ein Darlehn zu geben, d. h. das Eigentum an einer bestimmten Summe zu übertragen, falls die andere Partei die Rückgabe verspricht, oder das Versprechen, ein Darlehn zu nehmen seitens des Schuldners, oder beide Versprechen zu gleicher Zeit, es ist also in diesem Falle ein gegenseitiger Vertrag. Der Darlehnsvertrag, der Hauptvertrag, enthält diese Zusagen nicht, er kann sie nicht enthalten, er kommt ja erst durch das Geben, die Erfüllung des Vorvertrages, zustande; nur insoweit, kann man sagen, enthält er sie, als das Geben die Verpflichtung zum Geben in sich schließt. Der Darlehnsgläubiger gibt unter Zusicherung der Rückgewähr, der Schuldner empfängt unter Zusage der Rückerstattung in genere. „Das rechtliche Motiv des zu Darlehn-Gebens, des zu Darlehn-Empfangens fällt aus dem mutuum selbst heraus."[80] Beide Verträge bleiben demnach nebeneinander bestehen, keiner geht in dem anderen auf, beide behalten ihre selbständige Natur, der Vorvertrag seine konsensuale, der Hauptvertrag seine reale. Schloßmann begeht den Fehler, den schon viele vor ihm gemacht haben, „die im mutuum enthaltene conventio des Gebens und Nehmens auf Rückerstattung, in die Zusage auf Geben und auf Nehmen umzusetzen".[81]

Welches sind nun die Folgerungen des oben dargestellten Satzes?

---

79) Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45 S. 69, 70, 82, 90.
80 u. 81) Degenkolb, Arch f. Civ. Pr. 71, S. 57.

Erfolgt die Realleistung nicht, so ist damit der Realvertrag vereitelt, Verpflichtungen aus demselben entstehen selbst für den nicht, der das Nichtzustandekommen verschuldet hat; er haftet aus dem Vorvertrag wegen Nichterfüllung, nicht aber aus dem Realvertrag auf Erfüllung.[82]) Nehmen wir ein Beispiel: A. erfüllt sein Versprechen nicht, ein mit 5 % verzinsliches Darlehn zu nehmen; ein Darlehnsvertrag ist nicht zustande gekommen, infolgedessen auch keine Verpflichtung zur Zinszahlung; aber wegen Nichterfüllung des Vorvertrages ist Schadensersatz zu leisten, das wird wohl regelmäßig der Zinsbetrag sein, doch kann derselbe auch höher sein; anders, wenn das Darlehn Konsensualverträge wäre, dann wäre der Schuldner genau so wie der Mieter zur Abnahme, d. h. zur Annahme der Darlehnssumme nicht verpflichtet; er geriete also genau wie dieser nur in Annahme-, nicht in Erfüllungsverzug und brauchte nur den Zins zu zahlen.

Ist bei einem entgeltlichen Verwahrungsvertrag die eine Partei durch Zufall, z. B. Untergang der Sache, an der Abschließung verhindert, so ist die Erfüllung des Vorvertrages für beide Teile unmöglich, keiner ist zu einer Leistung verpflichtet; anders bei Konsensualverträgen.

§ 9.

b) Der Vorvertrag bei Konsensualverträgen.

Die heftigsten Angriffe haben sich von jeher gegen den Vorvertrag bei Konsensualverträgen gerichtet und zwar ebensowohl aus Gründen der juristischen Logik, als der juristischen Zweckmäßigkeit, oder wie Degenkolb[83]) es nach Iherings Vorgang, wenn auch nicht gerade schön, so doch treffend nennt, der „Praktikabilität".

82) Siehe Adler, Jhrb. f. Dogm. 31 S. 206.
83) Degenkolb, Festschrift S. 20.

Wer einen Vorvertrag schließt, verspricht einen zweiten Vertrag als Erfüllung dieses ersten zu schließen. Mit dem Abschluß dieses zweiten, des Hauptvertrages, ist aber der im Vorvertrag erklärte Parteiwille nicht erschöpft, er geht in seiner äußersten Konsequenz, in seinem juristischen Zwecke über den Abschluß des Hauptvertrages hinaus auf die in ihm versprochene Leistung, auf die Erfüllungshandlung.

Wer einen Vorvertrag zum Kauf abschließt, verspricht damit zunächst einen Vertrag zu schließen, auf Grund dessen er sich, als Verkäufer, verpflichtet, eine bestimmte Sache gegen Entgelt einem anderen zu Eigentum zu übertragen. Von vornherein ist also der Wille der Parteien in seinem Endzweck auf die Uebertragung der Sache, bezw. den dafür zu zahlenden Kaufpreis gerichtet; er erschöpft sich nicht mit der Erfüllung seines nächsten Zweckes, Abschluß des Kaufvertrages, damit ist den Parteien nicht gedient, er geht auf Uebertragung der Kaufsache, Zahlung des Preises, also auf Erfüllung des Hauptvertrages, er lebt also in dem Willen des Hauptvertrages fort, er hat mit dem im Hauptvertrage geäußerten Willen die gleiche Richtung. Um den Endzweck dieses im Vorvertrag geäußerten Willens zu erreichen, muß nun erst noch der Hauptvertrag geschlossen werden, erst dann kann Uebergabe der Kaufsache, Zahlung des Kaufpreises verlangt werden, im Weigerungsfalle muß erst auf Abschluß des Hauptvertrages und dann, wenn dies Urteil rechtskräftig geworden, in einem neuen Prozeß auf Leistung aus dem Hauptvertrage geklagt werden. Dies ist ein Umweg, der völlig zwecklos ist und von dem nicht angenommen werden kann, daß ihn die Parteien einschlagen, man muß vielmehr, nach den Regeln einer vernünftigen Auslegung, annehmen, daß die Parteien jedesmal auf dem kürzesten Wege zu ihrem Ziele gelangen wollen, das liegt in ihrem eigenen und im Verkehrsinteresse, dem Rechtsempfinden unseres Volkes sind so verwickelte Konstruktionen, wie der Vorvertrag fremd,

es hat eine Scheu vor ihnen, es lehnt sie ab. Das Recht hat daher auch keine Veranlassung, diesen Umweg noch besonders zu sanktionieren, es kann aus dem sog. Vorvertrage sofort einen Anspruch auf Erfüllung des Hauptvertrages geben, den Vorvertrag also gleich dem Hauptvertrag setzen, umsomehr als ja, wie schon ausgeführt, der Vorvertrag die wesentlichen Bestandteile des Hauptvertrags bezüglich Inhalt, Form 2c. enthalten muß, es tut dies z. B. der Code civil in Art. 1589, welcher lautet:

„Das Kaufversprechen gilt als Kauf, wenn die gegenseitige Einwilligung beider Teile über die Sache und den Preis vorhanden ist."

Ein Bedürfnis liegt für den Vorvertrag in keiner Weise vor, da der Zweck, dem er dienen soll:

„1. die Vermeidung vorzeitiger Uebernahme des periculum und commodum,

2. die Vermeidung vorzeitiger wirklicher oder vermeinter dinglicher Gebundenheit, oder was sich dem annähert", [84]) soweit B.G.B. hierbei überhaupt in Betracht kommt, sich ebensogut durch Abreden, Klauseln und Vorbehalt erreichen läßt.

Sicherung irgend welcher Bedürfnisse für uns ohne eigenes Risiko, worin Goeppert den Zweck des Vorvertrages sieht [85]), wird durch den Vorvertrag nicht einmal erreicht, wir können uns nicht, wenn wir uns selbst obligiert haben, durch ein Geldopfer befreien; wie schon ausgeführt, ist der Vorvertrag erfüllt im Augenblicke der Rechtskraft des Urteils, der Hauptvertrag kommt also ohne jede Mitwirkung unsererseits zustande.

Ebensowenig wird durch den Vorvertrag eine Vereinfachung der Formulierung erreicht. [86]) Ein Umweg, und das ist doch sicher der Abschluß von zwei Verträgen, wo einer

84) Degenkolb, Festschrift S. 29, 30; dazu auch Schloßmann Jhrb. f. Dogm. 45 S. 12.

85) Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14 VII S. 420.

86) Degenkolb, Arch. f. Civ. Pr. 71, S. 89.

dieselbe Wirkung hervorbringen würde, wo zur Erreichung dieser Wirkung ev. zwei Prozesse geführt werden müssen, kann nie eine Vereinfachung und somit eine Sicherung gegen Irrtum und Unvollständigkeit sein, er wird mehr Irrtum veranlassen als der Hauptvertrag mit beigefügter Klausel.

Daß für den zweiseitigen Vorvertrag kein Bedürfnis vorliegt, hat Bechmann schlagend nachgewiesen.[87])

Für den einseitig bindenden Vorvertrag hat unser Recht die bindende Offerte.

Es widerspricht auch keineswegs dem Willen der Parteien, wenn das Gesetz den Vorvertrag gleich dem Hauptvertrage behandelt, also aus ihm sofort den Anspruch auf Erfüllung dieses letzteren entstehen läßt. Die Rechtswirkung, die das Gesetz an ein Rechtsgeschäft knüpft, braucht sich ja nicht mit dem durch dasselbe geäußerten Parteiwillen zu decken, sondern muß nur in der Richtung des geäußerten Willens liegen, muß ihm dienen.

Wird man wohl behaupten, daß derjenige, der sofort aus dem Vorvertrag, ohne erst den Hauptvertrag abzuschließen, zur bestimmten Zeit die Leistung des Hauptvertrages bewirkt, den Vorvertrag nicht erfüllt habe und darum, ehe er die Leistung des Hauptvertrages bewirken könne, den Hauptvertrag abschließen müsse? Kann etwa der Käufer, wenn der Verkäufer ihm, ohne erst den Kaufvertrag zu schließen, zur rechten Zeit die Kaufsache übergibt, also den Hauptvertrag erfüllt, die Sache zurückweisen, als nicht geschuldet aus dem Vorvertrage? Wenn aber sofort aus dem Vorvertrag die Leistung des Hauptvertrages bewirkt werden kann, welches Interesse haben dann noch die Parteien an seinem Abschlusse; wozu dann noch die überflüssige Belästigung und Belastung der Gerichte durch zwei Prozesse.[88])

87) Bechmann, der Kauf II § 195 S. 281 ff.; dagegen Adler, Jhrb. f. Dogm. 31 S. 257.

88) Vergl. dazu Adler, Jhrb. f. Dogm. 31 S. 256.

Logisch ist der Vorvertrag selbst schon der Hauptvertrag.[89])

Wer heute verspricht, morgen zu geben, hat den Willen zu geben im Augenblicke des Versprechens, er muß ihn haben, soll eine bindende Verpflichtung zum morgigen Geben aus dem Versprechen entstehen. Die Erfüllung dieses Versprechens, des erklärten Gebewillens, soll erst morgen geschehen durch das Geben, d. h. die Eigentumsübertragung. Schon heute, im Augenblick des Versprechens, entsteht für den Versprechenden die Verpflichtung zum morgigen Geben, für den Versprechensempfänger die Berechtigung, morgen das Geben, also die Eigentumsübertragung verlangen zu können; es entsteht also schon heute zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger ein schuldrechtliches, ein obligatorisches Verhältnis, das auf Herstellung eines dinglichen Verhältnisses geht.

Beim tatsächlichen Geben liegen, trotz der einen Handlung, zwei Momente als Tatbestand vor:

1. der im Geben enthaltene Wille zu geben, der derselbe ist, wie beim Versprechen zu geben und der erklärt wird eben durch das Geben;

2. das Geben selbst, die Eigentumsübertragung.

Die beiden Vorgänge, welche, wie wir sahen, beim Versprechen morgen zu geben und seiner Ausführung zeitlich getrennt sind, also der obligatorische und der dingliche Vorgang, fallen hier zusammen; derselbe Vorgang liegt da, wenn ich verspreche, sofort zu geben und in Ausführung dieses Versprechens sofort gebe.

Der im Geben und im Versprechen morgen zu geben enthaltene und erklärte Gebewille, der Träger der Verpflichtung zu geben, des obligatorischen Verhältnisses ist, läßt das Verhältnis, infolgedessen auch die Verpflichtung aus dem-

89) Dagegen Degenkolb, Festschr. S. 19 ff.; Arch. f. Civ. Pr 71, S. 69 ff.

selben, sofort mit seiner Erklärung entstehen, mag diese nun Versprechen, oder sofort in die Tat umgesetztes Versprechen sein; der Wille, der Träger des obligatorischen Verhältnisses, der obligatorischen Verpflichtung und infolgedessen diese auch, ist hier wie dort derselbe, aufgeschoben ist dort nur die Erfüllung.

Etwas anderes ist es allerdings mit dem dinglichen Verhältnisse; es entsteht erst mit dem Geben, bezw. dem Haben auf der anderen Seite; der dingliche und der obligatorische Vorgang müssen demnach scharf auseinandergehalten werden.

Wenden wir die soeben gewonnenen Sätze auf das Verhältnis von Vorvertrag zu Hauptvertrag an, beispielsweise beim Kauf.

Ein Vorvertrag zum Kaufe wird auf Seite des Verkäufers ungefähr folgendermaßen lauten:

A. verspricht dem B. mit ihm (etwa in 8—14 Tagen) einen Vertrag zu schließen, durch den er sich verpflichtet, ihm, dem B., sein Pferd für 1000 zu Eigentum zu übertragen; im praktischen Leben wird es wohl heißen: A. verspricht dem B., ihm sein Pferd für 1000 zu verkaufen.

Der Hauptvertrag lautet:

A. verkauft dem B. sein Pferd für 1000, oder, wenn er sofort durch Erfüllungshandlung (als Realgeschäft) abgeschlossen wird, A. übergibt dem B. sein Pferd zu Eigentum für 1000.

Im Augenblicke des Vorvertrages hat A. den Willen zu kontrahieren und zwar nicht allgemein einen beliebigen Vertrag zu schließen, sondern einen Kaufvertrag. Er hat also den Verkaufswillen, er muß diesen Willen haben, dieser Verkaufswille macht ja gerade den abgeschlossenen Vertrag zu einem Vorvertrag zum Kaufvertrag; er hat also den Gebewillen als einen gegenwärtigen, er verpflichtet sich schon jetzt, in Zukunft, wenn auch erst nach Abschluß eines zweiten Vertrages, zu geben. In diesem zweiten, dem Hauptver-

trag, muß A. wieder den Willen äußern, erklären, sein Pferd für 1000 zu verkaufen, er muß also wieder den Gebewillen haben und zwar denselben Gebewillen, wie beim Vorvertrag, er ist ja auf dasselbe Objekt, an dieselbe Person gerichtet, nur so ist der Hauptvertrag Erfüllung des Vorvertrages. Auf Grund dieses im Hauptvertrage wiederholten Gebewillens, also gleichfalls des Verkaufswillens, muß er jetzt das Pferd übergeben, oder tut durch Uebergabe diese Willensäußerung kund, sodaß beide Akte äußerlich zusammenfallen.

Es ist also tatsächlich der Wille des Verkaufens, und was vom Kauf gesagt ist, gilt auch für die übrigen Konsensualverträge, im Vorvertrag enthalten und erklärt, ja er muß es sein, in gleicher Weise, wie im Hauptvertrag, aufgeschoben ist nur die Erfüllung, die beim Hauptvertrage mit der Willenserklärung meist zusammenfällt. Ist aber der im Vorvertrag enthaltene und erklärte Wille derselbe, wie im Hauptvertrag, nur daß dort die Erfüllung aufgeschoben ist, dann müssen auch die auf diesem Willen beruhenden, die von ihm getragenen Rechtsgeschäfte gleich sein, es ist daher der Vorvertrag logisch selbst schon der Hauptvertrag. Es kann demnach aus dem Vorvertrag die Leistung aus dem Hauptvertrag, nach Ablauf der im Vorvertrag gesetzten Erfüllungsfrist, verlangt werden.

Wenngleich der Vorvertragsschluß schon den Hauptvertragsschluß darstellt, schließt sein Inhalt ein nochmaliges, künftiges identisches contrahere nicht aus; bei einem obligatorischen Vertrage, der auf Herstellung eines dinglichen Verhältnisses gerichtet ist und bei dem Abschluß und Leistung zeitlich getrennt sind, ist es regelmäßig so, desgleichen bei Dienstverträgen ꝛc. Ich gehe in einen Laden und sage dem Inhaber, ich wünsche die Länger-Vase aus dem Schaufenster zu 25 ℳ. Der Inhaber nimmt die Vase aus dem Schaufenster und beginnt sie zu verpacken, in diesem Augenblicke ist der Kaufvertrag geschlossen; der Verkäufer muß die Vase

geben, ich die 25 M. (Faßt man die Ausstellung im Schaufenster mit Preisbezeichnung als Offerte an das Publikum auf, so ist der Vertrag schon sofort nach meinen Worten geschlossen, doch soll auf diese Frage hier nicht eingegangen werden.) Nach etwa 2—3 Minuten wird mir die Vase eingepackt übergeben, ich lege die 25 M. hin; in diesem Moment spielt sich, trotzdem äußerlich nur ein dinglicher Vorgang bemerkbar, der obligatorische Vorgang nochmals ab; die Rechte und Pflichten entstehen selbstverständlich schon aus der ersten obligatorischen Einigung, sie werden durch die zweite Einigung nur nochmals ausdrücklich anerkannt.

Was von den Konsensualverträgen gilt, gilt gleichfalls für die Formalverträge, die ja nur eine Art derselben sind.

Bezüglich des pactum de cambiando, von dem Degenkolb[90]) sagt, daß sein Bestehen bei Anwendung der Formerfordernisse des Hauptvertrags auf den Vorvertrag geleugnet werde, und dem er dann in seinen Neuen Beiträgen[91]) einen besonderen Paragraphen widmet, sei kurz verwiesen auf das, was Schloßmann sagt.[92]) Es ist nicht auf den Abschluß eines Vertrages gerichtet; „Trassieren, Acceptieren, Indossieren eines Wechsels sind keine Vertragserklärungen und stellen keine Mitwirkung zu einem Vertragsschluß vor. Sie sind Handlungen zum Zwecke der Herstellung, oder der Mitwirkung zur Herstellung einer Sache — einer Urkunde, wie sie das Recht zur Erzeugung gewisser eigenartiger Verbindlichkeiten geschaffen hat.

Das auf welcher causa immer beruhende Versprechen, einen bestimmten Wechsel als Aussteller, Acceptant, Girant ꝛc. zu zeichnen und dem Promissar zu übergeben, ist daher kein Vorvertrag, ebensowenig das angenommene gene-

90) Degenkolb, Festschrift S. 33; dazu auch Adler, Jhrb. f. Dogm. 31 S. 223; Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14 S. 414.

91) Degenkolb, Arch. f. Civ. Pr. 71 S. 67—69.

92) Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45 S. 95 ff.

relle Versprechen einen Wechsel von bestimmter Beschaffenheit zu besorgen.“ [93])

§ 10.

Ergebnisse.

Ein Bedürfnis, eine Notwendigkeit des Vorvertrages zu Konsensualverträgen für das praktische Rechts- und Verkehrsleben besteht nicht, ja selbst Degenkolb behauptet sie nicht einmal, er gibt ausdrücklich zu, daß mit der logischen Möglichkeit des Vorvertrags sein wirkliches Bestehen noch nicht dargetan ist. [94])

Der Hauptvertrag ist dadurch, daß das Gesetz dem Parteiwillen volle Freiheit läßt und ihn überall anerkennt, wo ein schutzwürdiges Interesse vorliegt, und er in verbindlicher Absicht erklärt ist, so elastisch — er kann Bedingungen, Befristungen enthalten, über zukünftige Sachen abgeschlossen werden, er kann eine Partei fest binden, die andere nach ihrem Belieben, er kann Wahlbestimmungen, Bestimmungen über Erfüllung und Erfüllungszeit enthalten, er hat seine bindende Offerte, seinen bindenden Vertragsantrag, bei dem wieder Fristbestimmungen möglich sind (B.G.B. §§ 145, 148) — sodaß kein Bedürfnis für den Vorvertrag vorhanden ist; die ihm zugeschriebenen Wirkungen werden schneller und sicherer durch den Hauptvertragsschluß herbeigeführt, also eine einzige Handlung, als erst auf dem Umweg eines zweiten Vertrages, der noch die Annehmlichkeit mit sich bringen würde zur Erlangung der Schlußleistung zwei Prozesse führen zu müssen.

Praktische Fälle des Vorvertrags werden auch von seinen Hauptverteidigern nicht angeführt, nur Fälle aus dem

93) Dazu auch Cosack, Lehrb. d. H. R. § 47, S. 217 ff.; Engelmann, d. d. H. R. S. 67; Gareis, d. d. H. R. S. 581.

94) Degenkolb, Arch. f. Civ. Pr. 71, S. 73, dazu auch S. 89

„Grenzgebiet", wie Degenkolb sich vorsichtig äußert[95]); wir können uns deshalb die Mühe sparen, nach welchen zu suchen, es wäre vergebene Müh, wenn schon sein eifrigster Vertreter keine eigentlichen Fälle ausfindig machen kann.

Auf der anderen Seite wurde dargetan, daß auch eine logische Möglichkeit für den Vorvertrag bei Konsensualverträgen nicht gegeben ist, derselbe daher in Theorie und Praxis abgelehnt werden muß.

Bei Realverträgen werden wir dagegen ohne den Vorvertrag nicht auskommen, sie sind sein ureigenstes Gebiet und werden es bleiben, solange das positive Recht noch Realverträge anerkennt. Hier besteht ein Bedürfnis, eine Notwendigkeit für den Vorvertrag; er ist es, der diese Geschäfte dem Verkehr zugänglich und nutzbar macht. Auch sahen wir, daß die rechtliche Natur der Realverträge durch Anerkennung des Vorvertrages in keiner Weise sich ändert.

Wir kommen somit zu dem Schluß:

1. Einen Vorvertrag bei Konsensualverträgen im Sinne der herrschenden Lehre gibt es nicht, was man Vorvertrag nennt, ist überall schon der Hauptvertrag. (Förmliche Verträge bleiben trotz der Formvorschrift Konsensualverträge, werden diesen also gleich behandelt.)

2. Selbst wenn der Vorvertrag bestände, hat die Praxis kein Bedürfnis für ihn, er wäre tote Schulfigur.

3. Vorverträge aber bei Realverträgen stehen und fallen mit diesen.

Von den Hauptverteidigern des Vorvertrags wird darauf hingewiesen, daß die Verpflichtung, einen Vertrag einzugehen, auch durch Legat oder Gesetzesvorschrift begründet

---

95) Degenkolb, Arch. f. Civ. Pr. 71 S. 81; die von Regelsberger civilr. Erört. I S. 132 angeführten Fälle (pactum de retroemendo, retrovendendo etc.) sind schon von der herrschenden Lehre nicht mehr als Vorverträge anerkannt.

werden könne[96]), daß infolgedessen auch eine Verpflichtung einen Vertrag zu schließen, auch vertragsmäßig durch Vorvertrag übernommen werden könne. Die absolute Unmöglichkeit durch Vertrag einen zweiten Vertrag in Erfüllung dieses ersten herbeizuführen, wird durch die Ablehnung des Vorvertrages zu Konsensualverträgen nicht behauptet; nur das Bestehen des Vorvertrags im Sinne der herrschenden Lehre, als Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, mit der Gegenpartei einen zweiten in Erfüllung dieses ersten zu schließen, wird bestritten.

In einer Beziehung hat der Vorvertrag guten Sinn und große praktische Bedeutung, als Vertrag, durch den jemand sich verpflichtet, mit einem Dritten zu kontrahieren; dieser Fall aber wird gerade von der herrschenden Lehre nicht als Vorvertragsverhältnis aufgefaßt.

Auch bei den Verpflichtungen, einen Vertrag zu schließen aus Testament oder Gesetz, handelt es sich lediglich um Abschluß von Verträgen mit Dritten. Dahin fallen die Bestimmungen des H.G.B. § 453 Verpflichtung der dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen zur Uebernahme von Gütern. Ferner das Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 3 für Postsendungen und das Telegraphengesetz vom 6. April 1892 § 5 für Telegramme.

Da der Grund dieser Bestimmungen darin liegt, daß das Vorrecht, das durch diese Gesetze geschaffen, gerechter-

96) Degenkolb, Festschrift S. 43; Goeppert, Krit. IV Jhrsschr. 14 IV S. 408 ff.; Schloßmann, Jhrb. f. Dogm. 45 S. 19 ff. leugnet die Begründung einer Verpflichtung zum Abschluß von Verträgen durch Testament bezw. Vermächtnis, so sei das Hingeben einer bestimmten Sache aus Legat zu einem bestimmten Preise kein contrahere; dem ist mit Stintzing, Vorverpflichtung Vorw. IV zu entgegnen, daß der Beschwerte den Kauf jedesmal noch besonders abschließt. Er tradiert eine Sache und erhält dafür den bestimmten Preis, das ist doch wohl Abschluß eines Kaufvertrages; es liegt doch ein Umsatz von Gütern gegen Geld vor, was ist das aber anders als Kauf.

weise die Verpflichtung verlangt, an jeden zu leisten, der zu den gesetzlich bestimmten Gegenleistungen bereit ist, wird es zulässig sein, diesen Gedanken noch weiter auszudehnen und zu sagen, daß überall da, wo bestimmte, dem öffentlichen Verkehr, oder besser gesagt dem Publikum dienende Anstalten einer besonderen Konzession bedürfen (Straßenbahnen, Theater ꝛc.), sie nur aus bestimmten Gründen ihre Dienste versagen oder verweigern dürfen.

Es muß demnach jedem, der ohne hinreichenden Grund von der Benützung dieser Anstalten ausgeschlossen worden ist, mit dem also diese Anstalten einen Vertrag einzugehen sich geweigert haben, ein privatrechtlich klagbarer Anspruch auf Vertragsschluß, bezw. Schadensersatz, zugestanden werden.[97])

97) Siehe dazu Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren, Jhrb. f. Dogm. 32 S. 267 ff.; Dernburg, b. R. II 1 S. 184.